بسم الله تعالى

للفقير الى الله الغني الهادي [illegible] علي

[illegible] الشيخ جعفر [illegible] قدس سره

١٢٣٩

جزء الداو

الجزء الثاني

الجزء الثاني من اللمعة الدمشقية

نسخة الأصل

بسم الله الرحمن الرحيم

الجزء الثاني من شرح اللمعة للفقيه المحقق الطاهر المطهر المولى علي بن جعفر النجفي كاشف الغطاء نور الله مرقدهما الشريف

قال المص ره

قال المصنف رحمه الله الفصل

التاسع في الخيار لا ريب ان ثبوت الخيار على خلاف القاعدة
لان الاصل في البيع اللزوم وهذا الاصل اما بمعنى الظاهر
وذلك لانه الظاهر من صيغة البيع بحسب دلالتها عرفا
وقصد المتعاقدين لها الدوام بمعنى بعتك مثلا اي
ملكتك على الدوام فهي مقتضيه بذاتها الثبوت مقتضاها
على الدوام فلا ينقض الا بدليل وفيه تامل او بمعنى الاستصحاب
لان الاصل دوام ما كان سواء قلنا ببقاء الاكوان واحتياجها
الى المؤثر او قلنا بعدمه وعدم احتياجها استنادا الى العرف و

الشرع فكلما صدر من عبارة او عقد او ايقاع او حكم يحكم بنفاذه
حكمه حتى يثبت المزيل له والخيار مبني على رفع البقاء على بعض الوجوه
فما يقال من ان الخيار هو القدرة على الفسخ ولا ملازمة بينه وبين
الفسخ الفعلي والمضاد للاستصحاب انما هو الثاني لا الاول لا
وجه له لانتفاء الاول بانتفاء الثاني حيث ينتفي شرعا فعلا او
بمعنى الغالب بمعنى ان الغالب في البيع اللزوم حيث يراد عموم الازمان
والافراد ولا ينافي ذلك اقتضاء المصلحة لعروض الجواز عليه
في بعض الازمان كزمان عدم التفرق او في بعض المواطن كاسباب
الخيار المشهورة او فوات شرط معين او وصف معين او عروض
التوكيد قبل القبض او بتبعيض الصفقة ونحو ذلك او عروض
الفسخ بالاقالة او الانفساخ بالتلف قبل القبض والتحالف
عند التخالف في تعيين المبيع او الثمن ونحو ذلك او بمعنى كما عليه
المستفادة من الاجماع كما نقله غير واحد ومن الكتاب والسنة من قوله تعالى اوفوا
بالعقود والمؤمنون عند شروطهم لان الامر للوجوب والجمع المحلى
للعموم وكذا الموصول وخطاب المشافهة اما عام باصله او ذهب
اليه من يعول على رايه او باعتبار الخطاب التعليقي او باعتبار الدليل
الخارجي والوفاء بها عبارة عن العمل بمقتضاها وفيه ان تعقيبه
بقوله تعالى احلت يفيد ان المراد ما عقده الله في رقاب عباده
من الاحكام ويجاب بانه ربما كان كلاما منقطعا وبان العقود قد
يراد بها الاعم وهذا منه الاحكام وفيه ان الوفاء بالمستحب
العمل به مرة وتركه اخرى ثم تركه لا [illegible] لعقد غير واف ومن
هنا ترى بعض الاصحاب يستدلون بالاية الشريفة في باب
العقود الجائزة باعتبار ان المراد وجوب الوفاء بمقتضاها ويحان
ان الصيغة نفسها لا تقتضي الجواز ولا دلالة لها عليه وانما هو حكم مستفاد من الشرع

وظ الاية

ومع الاوني الشريفة الوفاء بالعقد بنفسه وبما يقتضيه بحسب ذاته

لكن لما استفيد من حكم الشارع على الاوني بنفسه او بواسطة من ارادة المفسرين والفقهاء اعرف بمواقع الالفاظ [illegible] ومع علم [illegible] ... فهموا منه ذلك

بالوفاء ... على انه مع استفادة حكم العقد من الشرع ... جوازاً او لزوماً لا حاجة الى الاستدلال بالاية ... وعلى ما قررنا فالعقود الجائزة واللازمة ذات الخيار على خلاف الاصل

واورد هنا سؤال وهو ان البيع لا ينفك عن خيار المجلس فيكون الاصل في البيع ثبوت الخيار لا اللزوم قال صاحب الوافية ان قولهم الاصل في البيع اللزوم ليس بوجه لان خيار المجلس ثابت في تمام اقسام البيع وفي الكفاية الاصل في العقود اللزوم ووجوب الوفاء بها خرج البيع بالنص فيبقى الباقي على اصله انتهى واجيب بان طرو الجواز عليه في بعض الاحيان لا ينافي كونه مشروعيته على اللزوم فالافتراق في الحقيقة او لمانع لا جزء من المقتضي والمقتضي للزوم هيئة العقد بمقتضى ذاته الا ترى انه لو اشترط سقوطه وبقي العقد بمقتضى ذاته سليماً من المعارض قضى باللزوم على انه لو لم ينفك البيع عن خيار المجلس امكن القول بذلك ومن المعلوم انفكاكه في عدة مواضع كما اذا اشترى من ينعتق عليه او اشترى ليرث او اسلم عبد الذمي وبيع عليه او قهر الحربي قريبه وباعه او اشترى العبد نفسه ان جوزناه وكما في ذي الحقوق او عتق الواحد من اثنين الى عشر ذلك

قال الملا وهو اربعة عشر فيما ذكره هذا العدد لا اري له وجهاً لانه ان بني على التداخل لم تكن اربعة عشر وان بني على اختلاف

اشترط سقوطه او

الصور زادت ضعف الاصل واكثر ادمن جملتها خيار
الشفعة اذا كان الشفيع بعيدا وخيار الجار اذا باع
وكان فيه خيار لغيره وخيار المرابحة بناء على استقلاله
وخيار الواطي اذا وطئ الجارية مولاها وباعها ناسيا
او عاصيا لاحتمال حملها وكونها ام ولد وخيار مستحق
قصاص النفس او قصاص الطرف من العبد وخيار
مستحق الحد رجما او قتلا او مطلقا وخيار الجلال او خيار
الموطوء من الحيوان من المركوب وخيار الكفر لعزل السوء
وخيار المكاتب قبل تحرير بعضه لو اجزنا بيعه وخيار
خوف حدوث العيب وخيار خوف التلف لكون
العبد في الحرب او في محل الطاعون وخيار تعدد
الشركاء وخيار فساد العقيدة من اهل الاسلام وخيار
التبعيض الى غير ذلك وكما يرجع ما ذكر الى العيب او التدليس
ونحو ذلك يرجع ما ذكره من خيار الشركة والتبعيض ونحوها
[illegible]
واشتمل على ذكر اقسام الخيار وبناء الاصحاب في هذا الكتاب
العامة البلوى الكثيرة الدوران المتعرض لها في الروايات
التي لا يرجع بعضها الى البعض فمن هنا اقتصر بعضهم على خمسة
واخرون على ثمانية والاكثر في ذلك سبعة قال المصنف
الاول خيار المجلس هذه الاوصاف كالاضافة في
اسماء الخيارات فان ذلك من اضافة المسبب الى السبب

[illegible]

هنيئا رجاعها الى ذلك بعيد واصافهم الى موضوع

مع كونه غير معتبر في ثبوته اما لاغلبيتهم فلا يكون

في العبارة بل يكون اعم يعلم من خارج اويدعوى الحقيقة

الجديدة وهو غير بعيد كما يشهد به التبادر وكثرة الاستعمال

اويدعوى المجاز به تجوزا في الطلاق بعض افراد الحقيقة على تمام معناها

وعلى كل حال ~~فالمنصب المشهور بالاجماع و النصوص~~

~~منها النبوي المشهور البيعان بالخيار ما لم يفترقا~~ فهذا الخيار

ثابت بالاجماع محصلا ومنقولا وبالنصوص وهي في ذلك مستفيضة

منها صحيحة محمد بن مسلم عن ابي عبد الله قال المتبايعان بالخيار ثلاثة

ايام في الحيوان وفيما سوى ذلك من شيء حتى يفترقا وصحيحة زرارة

عن ابي جعفر قال سمعته يقول قال رسول الله المتبايعان بالخيار

حتى يفترقا وصاحب الحيوان ثلاث وصحيحة الفضيل بن يسار

البيعان بالخيار ما لم يفترقا فاذا افترقا فلا خيار بعد الرضا

منهما وصحيحة محمد بن مسلم عن ابي عبد الله قال قال رسول الله

البيعان بالخيار حتى يفترقا وصاحب الحيوان بالخيار الى ثلاثة ايام

وصحيحة الحلبي او حسنته عن ابي عبد الله قال ايما رجل اشترى من رجل

بيعا فهو بالخيار حتى يفترقا فاذا افترقا وجب البيع الى غير ذلك

فما رواه غياث بن ابراهيم في الموثق عن علي عليه السلام اذا صفق

الرجل على البيع فقد وجب وان لم يفترقا شاذ لا يصلح معارضا

لما سبق وقد حمل الشيخ على الاستحباب ... الملك قبل الافتراق

وان جاز الفسخ قبله وجوز حمل الافتراق على البعيد دون الفعل الملزم وقد

(في الهامش: ط وفي نسخة هنا وكلي هو ما عداه فهو يحكم العقلاء)

يحمل على احد المقامات التي يسقط فيها هذا الخيار كاشتراط

او معنى الصفقة التي سقوطه او بيعه من ينعتق عليه ونحو ذلك وعلى كل حال فهي

بالبيع والاولى تمام اما ما ولي او مطرح او محمول على التقييد فان هذا مذهب

ابي حنيفة وهو من جملة المواضع التي لحق فيه

كما في الخلاف والغنية فقول

والسرائر والنافع النبي صلى الله عليه وآله قال المص وهو مختص بالبيع للاصل

والغنية والتحرير والاجماع المنقول عن الخلاف الغنية وقد ينسب الى علمائنا

والقواعد والارشاد في التذكرة وتعليق الارشاد ومجمع البرهان وفي المسالك

والتنقيح انه لا خلاف فيه بين علمائنا وفي الخلاف الاجماع على انه لا

المسالك والكفاية يدخل في الوكالة والعارية والقراض والحوالة والوديعة

ومنع في المختلف اجماع الخلاف لان ثبوت الخيار مطلقا يستلزم

ثبوته في المجلس وفيه ان الممنوع خيار المجلس دون

الخيار فيه فان اراد والثاني كان النزاع لفظيا وخالف

في ذلك الشيخ في المبسوط والقاضي والحلي فاثبتوه في نحو العارية

والوديعة والقراض والوكالة والجعالة وهو ضعيف لان جوازها

اصلي والخيار فيها عام لا يقبل السقوط فلا يناسب للمجلس

وتاول كلامهم الشهيد في الدروس بقصد منع

التصرف في المجلس وهو مع انه عين معنى الخيار لا دليل

عليه بعد فرض الاذن المسوغ للتصرف حاصلة بالعقد نعم قد

يقال بعدم معقوليته ذلك في الوديعة لامتناع فيها مثل

مطلق اللهم الا ان يراد بالتصرف فيما يتعلق بالحفظ

وهو بعيد وعلى تقدير اختصاصه بالبيع فهل هو الاصح

تم جميع اقسام البيع من السلم و[illegible] النسيئة والمرئي
والموصوف ونحوها وجرى في الخيار والتولية والتشريك
بناء على انها [illegible] اما المعاطاة فان لم تكن بيعا فلا كلام
وان كانت منه كما هو الاقوى فلا يجري فيها الا بناء من [illegible]
الجائزة نعم قد يقال بجريانه فيها بعد التصرف الملزم لها وفيه
ان التصرف مسقط للخيار فكيف يثبت به مع انه بعد خروجها
من دليل الخيار كيف تدخل فيه بعد ذلك اللهم الا ان نقول بان
التصرف المسقط للخيار [illegible] هو المتعقب لو ثبت
الخيار بسببه [illegible] اما مثل صنيعهم ملكت ان بينهما على
ان البيع اصل في نقل الاعيان كانت من البيع وجرى
فيها خيار المجلس و[illegible] لا يعارض ذلك اصل اللزوم
العقد والا فلا وحيث [illegible] فيه البيع لم يجر في باقي العقود
من صلح وغيره سواء قلنا بقيام الصلح مقام البيع اولا اذ
ان الشيخ لا يقول بان ما كان من الصلح في مقام البيع
من البيع بل يقول هو صلح قائم مقام البيع [illegible]
[illegible]
لكل من المتعاقدين [illegible]
والوليين واما الوكيلان فان كانا على العقد وحده فلا
خيار لهما بل للمالكين وان شملت وكالتهما الخيار كان
للوكيلين والاصليين فالوكيل على العقد فقط [illegible]

كما في التذكرة وتعليق الارشاد للاجماع [illegible] ومنع شمول الدليل و[illegible]
في كونه بيعا ورجوعه الى الوصل واخذ الارش من الجانبين [illegible] فلا يجري فيه [illegible] فيه الربا الا ان [illegible] ما استتبع [illegible]

موثر لا اعتبار له وقد يقال بثبوت الخيار له حكما شرعيا
وان لم يرض به المالك لان الموجود في اكثر الروايات البيع
وفي بعضها التاجران والبيع اما نفس الايجاب والقبول
او المنتقل والانتقال وعلى كل منهما فهو صادق على
كما هو ظاهر اللهم الا ان يقول ان الفرد الظاهر من البيع انما هو مالك العقد
اصالة او وكالة والوكيل على نفس الصيغة من الافراد النادرة
المالك والوكيل يعلم من خارج من دليل الوكالة
او يختص بالمالك العاقد بناء على ان الغالب
ومن هنا اشكل الحكم في ان المعتبر التفرق
او المالكين او الجميع او كل بالنظر الى الخيار نفسه لا
الاول والظاهر ان المدار على تفرق العاقدين اصليين او
او وكيلين او مختلفين فلو عقد الوكيل بحضرة الاصيل فلا
اعتبار بالاصيل بل المدار على الوكيل ولا ينافي ذلك
ما تقدم من ثبوت الخيار للاصيل والوكيل ودخول الاصيل
تحت مدلول الرواية لوجود القرينة الدالة على مرجع
الضمير فيما في قوله ما لم يتفرقا الى العاقدين وهي
ذكر طرو الافتراق المقتضي لسبق الاجتماع للعقد
وهو بعيد او باعتبار الاحتمال الاخير وهو ان المراد
المالكين العاقدين لان الغالب والعاقد عن المالك والمالك
عن العاقد يعلم من خارج وهو عندي بعيد ويرشد الى ذلك
التعبير في بعض الروايات بالتاجرين

بل يشكل ثبوت الخيار المبني
اذ ليس هو بيع بالكلية من
بل ان الظاهر من ضمير
يتفرقا العود الى العاقد

ويعلم حكم المالك عن
العاقد من خارج بعد
العاقد من خارج
مع ان كونه عاقدا
ليس من العقود المحرمة
بعلم حكم العاقد عن
المالك من خارج ابعد

قال المصنف ويسقط باشتراط سقوطه في العقد للأصل والإجماع
وعموم الكتاب والصحيح الوارد في الشروط والخبر الصريح وعليه
يحمل الاخر الناهي عن الخيار الا بيع الخيار او على خيار الشرط
فانه باق وان تفرقا ويؤيده الاعتبار فان الاغراض
تتعلق بلزوم العقد تارة وبجوازه اخرى وبذلك يعلم
تقييد اطلاق الاخبار المستفيضة وان كان بينها وبين
ادلة الشروط عموما من وجه وترجح هي بتعلق الافراد مع
التامل مع شمولها لمحل الفرض لمكان تبادر غيره عند صحيحه الحلبي
فان العموم فيها اقوى وثبوت الخيار مقتضى العقد المطلق
لا العقد المشروط فيه اسقاطه فلا منافاة فيه لمقتضى العقد
والا لزم عدم صحة شيء من الشروط في شيء من العقود لزوما
ولا يفترق الحال في صحة هذا الشرط بين القول بان
الشروط مثبتة للغايات كالاسباب وعدمه ~~وانها~~
~~ملازمة لا غير كالقوام المنكر~~ لقيام الدليل عليه بالخصوص
والظاهر ان المدار فيه على المقارن فلو تقدم او تاخر لم يلزم خلافا
لبعض المحدثين والجواهر في الاول وهو شاذ لاطباقهم على خلافه
ولاطلاق النص المثبت للخيار الا ان تقول انه بحكم السابق
مختص بغير محل الفرض وفيه ان فيه ما عموم لغوي ثم ان النصوص
المستفيضة الواردة في باب النكاح الدالة على عدم اعتبار الشروط
قبل تمام المقام عموما او نحوه وتنزيلها على ما وقع قبل
تمام العقد او على الشرط المضمر المدلول عليه بالقرينة ممكن وقطعه

فيكون على وفق القاعدة

الحق اعتبارا كما تقدم في المراجح ولا ينافي ذلك اطلاق الروايات بعدم اعتبار الشروط المتقدمة على العقد لان هذا ... والسابق ... عليه ولهم المختلف ... اراد هذا بقوله في المختلف انهما لو شرطاه قبل العقد وبنيا عليه ... صح ما شرطاه ولفظ المختلف في الثاني لعدم الدخول تحت دليل الشرط ولعله اراد بالمتأخر في مقابله الواقع في الاثناء او باعتبار دلالة الرضا يكون مسقطا للخيار وملزما للعقد ثم ان شرط سقوط خيار المجلس قد يكون لتمامه وقد يكون للبعض لمبتدئه او لآخره او لوسطه مع ضبط الكل علما انهما يمكنا في المكان زمانا معينا فقد يكون جواز بعد لزوم في المجلس وقد يكون لزوم بعد جواز وقد يكون جواز بين لزومين ويحتمل القول بعدم جواز مثل ذلك اما ان يسقط الكل باشتراط سقوط البعض او يبطل سقوط البعض ... باعتبار انه اسقاط للحق ... في بعض الزمان بالنسبة الى المستقبل فانه ضعيف باعتبار تقدم سبب ثبوته وهو العقد بل باعتبار انه حق بسيط لا يقبل التبعيض وليس كخيار الحيوان مغيا بالثلاثة ايام وجعل الغاية فيه التفرق وان استلزم الزمان الا انه فيه ... كالتراخي في الخيار المتراخي فتامل وعلى هذا ... اشتراط سقوط خيار المجلس في بعض المبيع ...

يعني امكان سقوط خيار المجلس في بعض المبيع دون بعض باعتبار انه

بوجه الايجاب بعد الفسخ ... فيه التبعيض ...

قال المط وباسقاطه بعده وامام لم يتعرض لاشتراط الاسقاط

بل اقتصر على شرط السقوط لعدم حصول السقوط بمحض الاشتراط

الاحتمال يتوقف على الاسقاط ومع عدمه يثبت خيار الا

فهو راجع الى ما ذكره من الاسقاط واحتمال العطف على المضاف

بنا فيه عدم اعادة حرف الجر مع استلزامه ترك ذكر الاسقاط

الذي هو اولى بالذكر على كل حال فسر ... الاسقاط والسقوط

قد يكون للبائع او المشتري او لهما او للاجنبي منفردا او مع

البائع او المشتري او معهما في ذلك العقد او غيره او فيهما

متصل او منفصل او مختلف مع ... سبق الاتصال

او الانفصال او متصل للبائع ومنفصل في المشتري وما عداه

او متصل للمشتري ومنفصل فيما عداه او لهما لذلك او للاجنبي

او للاجنبي مع احدهما او معهما كذلك والاقسام كثيرة

... ويجوز تعليق الحال في خيار الشرط ومنه

الخيار ثم انه لا ريب في سقوط الخيار بالمسقط اللفظي

الصحيح لان الخيار حق من الحقوق فباسقاطه يسقط

والظ انه من الايقاعات لا من العقود فلا يتوقف على

القبول بل هو كالابراء ويسقط بالمسقط اللفظي الظ

ولا يشترط فيه ما يشترط في صيغ الايقاعات من العربية

والاعراب ونحو ذلك ويتادى بالحقايق والمجازات

احدهما
طمنها او منه المقسم
للاجماع المنقول في
والمعتبرة وظ الخلاف في الاصل
وهو الحجة المعتبرة
ولاطلاق ما ... المنقسم
المثبتة للخيار في المسئلة مضافا
الى مفهوم بعض المعتبرة
الواردة في خيار الحيوان
وفيه فاذا احدث المشتري
حدثا قبل الثلاثة فذلك
رضى منه ولا شرط له والمخصما
الحق فيهما فيسقط كاسقاطهما
ولان فسخ اللازم
بالتقايل يقتضي لزوم الخيار
بالتخاير ولانه يسقط بالا
فتراق لدلالته على الرضا
والتخاير صريح في ذلك
ويحصل التخاير بالايجاب
منهما ومن احدهما مع
رضا الاخر ولا امضاه
احدهما دون الاخر فان
فسخ انفسخ البيع والا
اختص بالخيار

وبكل لفظ يدل على ذلك سوى كان بلفظ الاسقاط
او غيره كما وجبنا البيع او احتويناه او التزمنا به ونحو
ذلك او غير لبس كالعقود المبنى فيهما على النقل والانتقال
وهذا مشكل لمنافاته للاصل من عدم سقوط الحق
الا بالمتيقن وظ الاصحاب من اعتبار الصراحة وغيرها
في الايقاعات اللازمة كالطلاق ونحوه كما تعتبر في
العقود اللهم الا ان يكون المخرج لذلك الاجماع او ما
عبارة الاتفاق على السقوط بالفعل صريحه وظاهره
في المقام والقول اولى منه او باعتبار التعليل بالرضا
في الروايات الصحيحه ~~هذا كله في المسقط وعلى كل حال السقوط~~
~~هذا الخيار بالاسقاط قد نص عليه الاصحاب في الغنيه والعقد كله~~
~~وظ الخلاف [illegible] للاصل و[illegible] بين المتبايعين~~
~~[illegible] الخيار في البيع مضافا الى مفهوم [illegible] الوارد~~
~~في خيار الحيوان [illegible] المشتري فيما اشترى حدثا [illegible]~~
~~[illegible] رضا منه ولا شرط له~~ ولا ينقضه الحق فيهما
فيسقط هذا الحكم في المسقط القولي صحيح وظ واما المسقط
الفعلي فيتبعه فيما الى البحث فيه واما السقوط بمجرد النيه
والقصد وان كان في بعض الروايات اشارة اليه مؤيدة بان
المدار على المدلول والدال انما يعتبر للدلالة وحيث لا حاجة
الى الدلالة هنا للعلم بالنيه كان ذلك اسقاطا الا ان ظ
الاصحاب وطريقة الشرع عدم اعتبار ذلك في مثله كما في

قال العلامة وبقيا ان اصطحبا ماشيا ولو بالاقتراق او افترقا بان ذهبا او احدهما حصل التفرق كما صرح به

في القواعد والتذكرة ومال اليه في مجمع البرهان واستقربه في تعليق الارشاد لان

مفارقة الدنيا اولى من مفارقة المجلس ولاعتبار ان ظاهر الروايات الستة ان الخيار حتى

الحياة لعدم صدق التفرق بينهما مع الممات فيسقط الخيار بفعل المتعلقين او بخصوص الابدان

فلو عرض بالافتراق بالموت او بالاخر ما يكون عذرا من جنون او نوم او اغماء او نحو ذلك او

كما في جامع المقاصد والمسالك وهو الظاهر من كلام الاصحاب باعتبار ان المتبادر

من التفرق التباعد في المكان وهو ظاهر في الجسم لا في الروح مع ان المراد لا يعلم مفارقتها

للمجلس فيستصحب الحكم ونقل عن بعض الروايات بقاؤهما مع الميت فالاولوية ممنوعة وثبوت

الخيار للوارث باستصحابه جوابه ايضا ونقول عليه السلام من ترك حقا فهو لوارثه المؤيد بالشهرة المحصلة والمنقولة

وبإجماع الغنية في خصوص المقام بلفظه وبلفظ عندنا في التذكرة في مطلق الخيار وبلفظ نفي الخلاف

في الرياض مضافا الى عمومات الارث فدعوى التقييد بالجملة ممنوعة ثم ان الوارث ان كان حاضرا قام مقام

وهل يقوم مقامه في اعتبار التفرق او يبقى الحكم معلقا على الميت والاحراز والتمييز او مطلقا الخيار

على احد الوجهين او بالنسبة الى الميت واما الوارث فيه وجوه اقواها الثاني والتفرق هنا يصدق باشتغال

ويتقل الميت مع عدم المصاحبة ومعها يبقى الى ان يتفرقا وان كان غائبا فانه فيه الاحتمال الاول وان بعد ما بينهما

ولم يعلم احدهما بكان صاحبه او السقوط بناء على عدم الاحتمال لانتفاء المتعلق وهو عدم تفرق المتبايعين

والاقوى فيه ما في الاحتمالات ويزيد خامسا وهو امتداده بامتداد مجلس الخبر لتعذر مجلس العقد

ودوام الخيار فينتقل الى البدل كما في مجلس الزوال في المكره والاقوى فيه ما قويناه في سابقه ومجلس الخبر دليل

عليه والقول به عالم هذا كله مع اتحاد الوارث ولو تعدد فكذلك الا ان ثبوت الخيار لكل واحد في مجلسه لو كان

غائبا بعيد ولو اختلفا في الفسخ والاجازة قدم الفاسخ وفي انفساخ الجميع او في حصته خاصة ثم يتخير الآخر بتبعيض الصفقة

ان التنبيه بالحبوة ليست من الموانع وبيوم قوال [illegible] بلى عمل
ويقول عليه السلام من ترك حقا فلورثته المؤيد بفتوى مشهور الاصحاب ومطلق
بلفظ الخصوص لمقام وذلك الاوم ولفظ عندنا في التذكرة
ومنقول مع اجماع الغنية وبناء على ثبوت الخيار للعاقد لو كان وكيل
الخيار [illegible] وبلفظ نفي الخلاف فيه في الرياض وجهان
على تقدير الصفقة بعد الموت هل ينتقل الخيار الى ورثتهم او الى الموكل باعتبار انه [illegible]

[illegible] احدهما [illegible] فلو مات [illegible]

[illegible] كما احتمله في التوكيل [illegible] ومال اليه في صحيح [illegible]

في مجلس [illegible] الدنيا [illegible] في المجلس [illegible]

او بخصوص [illegible]

[illegible] باعتبار [illegible] التفرق [illegible]

[illegible] لا يعلم مفارقتهما للمجلس [illegible] الوارث ان كان

[illegible] مقامه في الخيار [illegible]

[illegible] في اعتبار التفرق [illegible]

[illegible]

[illegible]

[illegible]

[illegible] مع عدم المصاحبة [illegible]

[illegible] ما سند [illegible] المجلس [illegible]

[illegible]

[illegible] بناء على الوجه الثاني [illegible]

[illegible]

[illegible] اذا كان غائبا [illegible] في الفسخ

[illegible]

[illegible] لصعقه [illegible] اجودهما [illegible] فان كان حضورا

اي الوارث في مجلس [illegible] رقوا [illegible] العاقد الاخر وان يتفقوا

الخيار بمفارقة [illegible] تمام الافتراق لانهم ينوبون عن [illegible]

وحيث كان البناء على تفرق الابدان يجيئ [illegible] فيما لو ذهب بعض الميت

عن المجلس دون البعض فقد يفصل بين الجزء الذي تبقى الحياة معه وغيره او بين

ما يتحقق صدق الاسم بدونه وما يتحقق ومثل ذلك يجري في نية الاقامة

في [illegible] او وطن بالقتل والظاهر ان المجلس تابع للعقد [illegible] ما لبيع من مكانه

بعد فالمجلس ما بينهما واذا تباعدا فرق ذلك ثم تبق المجلس واذا انتقلا بالمكون
كما في التذكرة والدروس وكنز الفوائد لعموم النص ودعوى عدم شموله لهذا
الفرد ممنوع ثم ان اسقاط التفرق للخيار هل هو حكم يترتب عليه للدليل وان علم عدم
الرضا بالسقوط او الدلالة على الرضا كما ذهب به اشيخ فهو مسقط ما لم
يعلم عدم الرضا او لا يسقط حتى يعلم منه الرضا فمع الشك لا يحكم بالسقوط
وجوه اقواها الاول كما هو ظاهر الاصحاب حملا لما في الرواية على بيان الحكم والعلة
واضعفها الاخير ولو كان البائع جماعة والمشتري واحد او بالعكس واحزنا
اشتراك العاقدين في العقد الواحد كان يقول احد الوكلاء بعتك يا زيد ويقول
الاخر وانا معه وهكذا او يقول احدهم بعتك انا وهم والاخر يقول انا ايضا فيقبل المشتري
قبلت الاخر ... بناء على ثبوت الخيار للكل فهل يحصل التفرق
فهل يحصل التفرق بالبعض او لا يحصل الا بتفرق الكل وجوه اضعفها
لعدم جواز التبعض في الالتزام والفسخ ومدرك الاولى صدق التفرق
وعدمه ولعل الاقوى الثاني ايضا بالبقاء الخيار ولو باع الوكلاء عن شخص
دفعه بقي الخيار ببقاء ... التمليك او مجلس العقد اعتبارا
اقواها الاخير ويختلف الحكم في مثل اجازة الفضولي اذا جعلت ناقلة وان بناء
على مجلس العقد بالعود اليه او مجلس الاجازة او التسلم
بوجوه اقواها الاخير واعتبار المجلس هنا في العرف والسابق منقول
واحد على الاقوى لاقتضاء الدليل ذلك والمدار في الكل على اسم عدم
التفرق فالماشيان والراكبان والجالسان والنائمان واذا ذهبا بجميعه
كان المجلس باقيا لكن يبقى الكلام في مثل النذر واليمين والعهد هل يجري
فيه الظاهر لا الا مع القرينة الدالة على التعميم اذ هو من الحقيقة العرفية
الخاصة او المجاز المشهور لا العرفية العامة ولا الشرعية ثم ان سقوط

وان استعمل بعض العامة
انه المسقط ولا
يجب في سقوطه
للاجماع على انها
لو افترقا مختارين
مع عدم رضاهما
بالاخر و... كسقط
... حكم
... مجلس
او كالتفرق في ...
... بناء بالمجلس
... التفرق
وقد ...
مجلس ...
محل التمليك
عن مجلس العقد

حصول التوقف [illegible] او الحصول [illegible]

الاقوى الا [illegible] تحقق [illegible]

والحديث وليس [illegible] الافتراق ما الكلام [illegible] الاول [illegible]

[illegible] والذي [illegible]

[illegible] الكلام في [illegible]

[illegible] المجلس العقد بالعود [illegible]

[illegible] واضعا

[illegible]

[illegible] اذ قضا

[illegible]

[illegible]

[illegible] والحكايات [illegible]

كان المجلس باقيا الى ان يبقى الخيار و [illegible] وفي مسئلة التفرق والتجدد

[illegible] الاشعر على التقسيم

ثم ان سقوط خيار المجلس بالافتراق مجمع عليه بين الاصحاب

اجماعا محصلا ومنقولا سواء تفارقا عنه او فارقها دفعة

مصطحبين او فارقه احدهما دون الاخر عالمين او جاهلين

ومختلفين لعموم النص انما الكلام فيما يحصل الافتراق

فهل المدار على الحكمي [illegible] او العرفي [illegible] على [illegible]

التحديد بالخطوة فما زاد او التحديد الخطوة مما زاد و

الاصح فهل يراد ما الخطوة المتعارفة او يراعى في كل خطوة

وجوه ولا ريب ان المراد الاول دون [illegible] فيها غالبا

وثم [illegible] واد [illegible] ودون [illegible]

[illegible] الاصحاب علم [illegible] في الجمع [illegible]

وفي [illegible] في [illegible]
فهنا اذا تعدد الواو [illegible] قال
فان كان [illegible] في مجلس العقد
[illegible] الخيار الا [illegible]
العاقد [illegible] لقطع الخيار
[illegible] بعضهم [illegible]
الافتراق [illegible]
[illegible]

وهو ما [illegible]
[illegible] حيث [illegible]
[illegible]

وقوله عليه السلام وان [illegible]
فارق [illegible] نفسه

الا بما دون بينهما قطعا او بينهما وبين المعنى العرفي لاصالة
عدم النقل لا لخلوه وصحة سلب احد الحالين ان المفترقين
بوقت تصدق اسم الفرقة فيكتفى فيه بالمسمى ويتعين والظاهر
ارادة المعنى العرفي لان الافتراق لا تحديد له في الشرع
فيكتفى فيه بالمسمى عرفا وذكر الخطوة في كلام الاصحاب
ليس لبيان التحديد الشرعي وانما هي مثال او للكشف عن صدقه
العرف فهي ممتنعة ان العرف لا يصدق بما دونها الا بما
ذلك الصحيح المتضمن لحصوله في الخطا فانه لا يابى حصوله
بما دونها وتوقف في الخطوة بعض المتاخرين لعدم صدق
الصدق بها عرفا والمتبادر من الافتراق الافتراق
المعتد به ويرده عدم صحة السلب في مقام التحقيق وان جاز
توسعا تنزيلا للقليل منزلة المعدوم الا ترى انه يقال
لا تفارقه ولو خطوة تنبيها على الفرد الاوضح وان الشك كاف
في المطلوب فان الاصل عدم النقل ويشبه عليه حديث
الخطا او الصحيح المنطوي على التعليل بالرضا والاصحاب
قطعوا بالخطوة فلا يتخطى ما قالوه ثم اعلم ان المراد بالافتراق
في الروايات وكلام الاصحاب الافتراق الطاري بعد
العقد والالخص الحكم خصوص المتماسين وهو باطل
ثم ان المراد بالتفرق تفرق تمام البدن لا ابعاضه
فلو تبايعا مضطجعين او مستلقيين واقاما متلاصقين

ط والعبرة بمسمى الافتراق بحيث يزيد ما بينهما من [illegible] العقد بان يكون حال العقد لو كان ... من جماعة

ط والمراد بالخطوة الخطوة المتعارفة اذ هي التي ينصرف اليها الاطلاق

مثلاً صفقة ثم فتبعي كل رجلين فحصلت فرجة عظيمة مع بقاء رأسيهما
على حالهما فالخيار بحاله باق ولو قرب احدهما من صاحبه بمقدار
بعد الاول فعلى المساحة باق فهل بعد تفرقا اشكال والاوجه
ذلك ولو تفرقا بعد الدخول في العقد ثم رجعا قبل اتمامه حكم
بعدم التفرق على اشكال ولو كان وكيلا في الايجاب والقبول
وبعد ايقاع الايجاب تولى للمالك القبول حصل به وبالملك
ولو كانت بينهما فاصلة وقت العقد فخرج كلاهما عن ابدنه
او احدهما عن الحد على وجه البعد لا الدنو لان المدار الى تقارب
لا تفرق حصل التفرق ولو استطال مكان العقد
لحصول حال العقد وفعاد احدهما بعد التمام الى بعض المسافة دون
الاخر حصل الافتراق ولو تكرره الخطا على وجه الامتداد
فلا افتراق والتفرق في جهة العلو والهبوط كالتفرق في
الجهات الاربع ولو تعذر الافتراق لوصل العاقد عن اثنين
او لكونهما مجتمعين على حقو واحد
ففيه وجوه بل اقوال فذهب الشيخ والقاضي والفاضلان والشهيدان
والمحقق الكركي والصيمري الى ثبوت الخيار للاجماع على ثبوته في كل
بيع كما في الغنية ولان المقتضي له في المتعدد وهو البيع قد وجد في
الواحد فيلحق به تنقيحا لمناط الحكم ولا اثر للتعدد في الخيار وان ورد
النص به لوروده مورد الغالب مع قصد التنصيص به على الاول
والتوطية لذكر التفرق ولو اثر فيه لا اثر في غيره مما ابتني عليه

بل ان يكون معنى البيعان بيع ~~الكل ... الحيوان~~ فسقط مع الاتحاد اكثر الاحكام

ولا دلالة من تعليق الخيار بالبيع في قوله عليه السلام البيعان

بالخيار على ثبوته لهما من حيث هما بيعان ويوجد بعده اسقاط

الاثنينية من الحيثية لكون التثنية في قوة التكرار بالعطف

الى ثبوته للبائع من حيث هو بائع وللمشتري من حيث هو

كذلك والعاقد الواحد بائع ومشتري فيثبت له الخيار

بالاعتبارين ولا ينافي ذلك قوله ما لم يفترقا اذ النفي

ان حقيقة في السلب المطلق لا في عدم الملكة عما من شأنه

ذلك ولا فرق فيه بين المتعدد والواحد وقد يمنع

بعموم النص اخذا بحقيقة النفي وحملا للتثنية على عموم المجاز

كما ينبه عليه سوق النصوص والاقتران بخيار الحيوان

في الموثق والعموم فيه معلوم بالخصوص وفي الصحيح ما الشرط

في الحيوان فقال ثلاثة ايام للمشتري قلت وما الشرط

في غير الحيوان قال البيعان بالخيار ما لم يفترقا فاذا افترقا

فلا خيار بعد الرضا منهما وهذا الحديث يفصح عن المطلوب

فانه مع تضمنه لما ذكر يعم المتحد سؤالا فيعمه جوابا وتعليلا

لما فيه من التنبيه على علة السقوط بالافتراق فيعمه حكما وحكمة

... العلامة في التذكرة والتحرير قولا بلزوم البيع ومال اليه الشهيد بل صاحب

الحدائق تمسكا بالاصل ولزوم الضرر

... انتفاء الخيار الغير المتناهي وضعف الاخبار في التعدد

فان تثنية البيعين ظاهر في التعدد الحقيقي وكذا تثنية ضميره

يحتمل الثلاث والاكثر ... في الصيغة ونحوها ... وان كان الحمار ... من علام الشرف ... بيع ... لكون ... وان الشرف ... مساقين ... والخيار ... المعلوم ... ويحتمل ان يكون الروايات ... لنفي العبث ... ثبوت الخيار ... فيه معلوم من الخارج لا انه ... المدار على العاقد لنفسه ... ولا على العاقد ... يسلم ... وتمثلا ... بمالك ... والوكيل ... بالولي ويكون ... ضعفه الدليل من جانب

ضبي يفترقا ومادة التفرق ثم الذي في صحيحه ابن مسلم حتى يتفرقا
وجهور حتى في نعته الحقيقي لا يجمع ذا في صحيح الفضل مالم
يفترقا فان افترقا فلا خيار بعد الرضا منهما وفيها هو
... وفي صحيحه الحلبي ايما رجل اشترى من رجل بيعا
فهما بالخيار حتى يفترقا فاذا افترقا فقد وجب البيع وفي صحيحه
ابن مسلم المتبايعان بالخيار ثلاثة ايام وفيما سوى ذلك من
بيع حتى يفترقا واحاديث قيام الباقر عن مجلسه حين اشترى
من غيره لوجد الا على المتعدد وكيف كان فظاهر الادلة منصوص على
التعدد الحقيقي والاجماع ايضا واجماع الغنية مع ضعفه في
نفسه مساق للعموم لافراد البيع كالسلم والنسيئة ونحوها لا الى نحو
ما كلام العلامة في التذكرة حيث قال ويثبت في جميع اقسام
البيع كالسلم والنسيئة والربوي والموصوف والتولية والمرابحة
ونحوه كلام غيره وتنقيح المناط ممنوع ... ربما كانت الحكمة
كثرة دوران المتعدد دون غيره فناسب الارفاق بالخيار مع تأثير
الاتحاد في سقوط هذا الخيار لا يقتضي تأثيره في سقوط باقي الاحكام
لوجود الدليل العام فيها دون هذا المقام وجهور الحيثية او لو سوى
على ... التعدد والنفي في مالم يفترقا وان كان حقيقة في السلب المطلق
الا ان المتبادر من هذه العبارة بالنص الى عدد الخبر هو توجه
النفي الى المقيد خاصة دون المقيد وهم قد صرحوا في محاوراتهم الا ان
هذا الجنس بان معناها ان المتبايعين بالخيار مالم يفارق احدهما
وحصل البعد بينهما بما يزيد على وقت العقد فالمنفي انما هو الافتراق
دون من ترتبت عليه الافتراق وهما المتعاقدان ومبنى الكلام

السابق انما يتم على رجوع النفي الى القيد والمقيد وهو خلاف
ظاهر الخبر ولا ريب انه لو دار الامر بين التجوز بصيغة الخبر و
تخصيصه هو المتبايعان او بحرمه وهو ما لم يتفرقا كان الاولى
الثاني ولا اقل من الشك والاصل العدم الا ان يدعى
التأييد بفهم المشهور وهم اعرف بمواقع الالفاظ ولعلنا
فلذلك توقف في جامع المقاصد وظاهر التحرير والايضاح والتنقيح
وحواشي الشهيد ثم انه بناء على ثبوت الخيار هل يسقط بانتقال العاقد
عن مجلسه تنزيلا له منزلة التفرق اولا وجهان بل قولان حكى اولهما
الشيخ في المبسوط عن بعضهم و قال به الصيمري واحتمله العلامة
في المختلف وولده في الايضاح نظرا الى ان خيار المجلس يسقط
بمفارقته من غير اصطحاب ولا مصاحبة بين الشخص ونفسه وضعف
باستحالة افتراقهما و بطلان المسقط انما هو الافتراق لا عدم الاجتماع
~~المجلس فلو تفارقا وبقوا مصطحبين~~ وقد ينقل
بلزوم الضرر لو دام الخيار وبلزوم مخالفة الفرع الذي هو العاقد
الواحد للاصل الذي هو المتعاقدين وحمل عليه تنقيح المناط
الحكم وقد كان الخيار في الاصل يزول بشيء معلوم فينبغي ان يكون
في الفرع مثله والكل كما ترى و باطلاق ما دل على جواز بيع الوكيل
ماله من موكله ومال موكله من نفسه ولو دام الخيار لزم الالحاد
وجب التفصيل في الاخبار الدالة على ذلك بان يفرق فيها بين
شراء الوكيل لنفسه فيلزم البيع بالافتراق وبين شرائه لاحد
لغيره فيتعين اللزوم على الافتراق لكن عدم التفصيل لم يعلن
وذهب الى الثاني العلامة في التذكرة والشهيد الثاني في المسالك
والعليني

والتعليقية في التعليقات الكركية والمقيسية وهو قول الشيخ والقاضي والمحقق

لفقد دليل الشرط فيستصحب الخيار والضرر مندفع بالاشتراط والفسخ والخالفية

مقلوبة لا ... والخيار في الاول بالتفرق فلو كان ... ومفارقته

المجلس تخالف الاصل والفرع وتصرف الوكيل ممنوع بالسلب مطلقا لو وجدت

مع استمرار الخيار صح والا بطل بعد الاعتبار قوله فلو اكرها احدهما عليه لم يسقط

مع منعهما من التخاير صور المسألة اربع الاولى ان يكرها على التفرق وعلى عدم الاختيار

في الفسخ والايجاب البيع الثانية ان يكرها على التفرق ولم يكرها على الاختيار مطلقا

او فسخا ولا ايجابا الثالثة ان يكرها على التفرق ويكرها على الفسخ فقط الرابعة

ان يكرها على التفرق ويكرها على الايجاب فقط ففي الاولى يسقط الخيار

لتمكنهما من الفسخ وفي الثالثة لا يسقط وفي الرابعة يسقط لتمكنه من الفسخ

فتركه دليل الالتزام والحاصل ان المدار على التمكن من الفسخ وعدمه ويمكن

ادخال الصورتين ... كلام الشارح وعلى كل حال ...

عدم سقوط الخيار في الاولى كاف في الغنية وتعليق الشارح ولعله يخص السوء

الاولى فقط واستصحاب الخيار وتبادر الاختيار ولذا صح ان يقال

لم يفترقا ولكن فرقا ويعضده التعليل بالرضا وان الخيار شرع للارفاق

ولا ارفاق مع الاجبار فان قلت ان الافتراق في الروايات وفي كلام

الاصحاب ان اعتبر فيه العلم والقصد والاختيار فافتراق النائم والصبي

والناسي والمدهوش والسكران والمغمى عليه والمجنون والمجبور ليس بافتراق

فالتمكن من الاختيار وعدمه سيان فبقائه من غير اختيار مع تمكنه حتى

يرتفع ويكون المجلس في مجلس الارتفاع لا بانوبه وان دخل ...

والحكم وضعي لا تكليفي ينبغي ان يسقط الخيار بمجرد حصوله باي كيفية كان

قلت لنا ان نلتزم بالاول وندعي انه المتبادر ... وان

ولذا يقال ... على الصورة الاولى ان تمشى ... سقوطه ... مطلقا ... الاجماع ... نبغض ...

من ذكر عدى المجبور الاجماع بالمختار
القاصد العالم وعليه منع ثم تحقق الاجماع
كيف وهو تامح المقاصد فتامل وشئ بالمجبور ولم يتحقق
على حكم المسئلة احد من الاصحاب مع انه على ... يكون عين المجبور
اسوحا لامنه او يلتزم بالثاني وبقول ان المجبور
الاجماع وهو بعيد والظاهر ان المنشأ الصدق العرفي وان الناسي
والساهي ونحوهما ينسب اليهما فعل الافتراق
بخلاف المجبور فانه لا ينسب اليه افتراق بل فرق نعم يبقى
الاشكال بالنسبة الى المجبور في افتراقه الغير الممنوع من
اختياره فتقتضي ذلك عدم السقوط فيه الا ان يكون الفارق
الاجماع وبناء على ان المسئلة الاجماعية يشمل الحاق الصورة الثالثة
من الصور الاربع بالاولى فتامل فان قلت بناء على ان
المراد التفرق المجبور عليه بحكم البقاء في المجلس ينبغي ان يكون
البقاء في المجلس وعدم التفرق المجبور عليه بحكم التفرق
وتتصور فيه تلك الصور الاربع قلت هو كما ... مع
الفارق لوجود الدليل في الاول دون الثاني مع
ان الاستصحاب ... يثبت الاول وينفي الثاني فتامل
والجبر على احد الامرين من البقاء في المجلس او التفرق
في وجه خاص جبر على التفرق على اشكال ولو اكرها
على المفارقة فان اكره ... على المقام بقي الخيار ان لكونهما
مكرهين والا احتمل بقاؤهما وانقطاعهما وبقاء خيار المكره دون

وسقي المجبور على ... الخ

ط ... وبقي ... مات ... وبقي المجبور

دون الباقي وكذا لو جلس احدهما فقام الآخر اختيارا ومبنى الوجهين على ان شرط اللزوم

هل انتفاؤهما المستند الى اختيارهما او اختيار احدهما مطلقا او في حق المختار خاصة

ومستند الاول ان المتبادر من النص والمفهوم من التعليل بالرضا بهما في الصحيح وتقتضيه

الاصل المعمول ولان الشك في المسقط يقتضي انتفاءه تمسكا بالاصل وهو اختيار المبسوط

والغنية والتحرير وكنز الفوائد والشرائع عميا وظاهر الارشاد والمسالك والثاني

ظاهر الشرائع والدروس والايضاح وتحتمل القواعد والثاني محتملها الثاني وصريح

الخلاف والجواهر والتذكرة في هذا الفرع لكنه ذكر في غيره ما ينافيه والمتحصل من كلامه

بعد [illegible] الى بعض سقوط الخيار مع حصول المفارقة باختيار احدهما وعدم توقف

الافتراق على تراضيهما ومقتضى اطلاقه السقوط بالتفرق عدى ما استثني بالدليل

والاصل لزوم العقد والتعليل عليل وضعفه معلوم مما سبق وقد يوجه الثاني بان

مفارقة المختار اما [illegible] الاولى [illegible] فيسقط خياره دون [illegible] بقي [illegible]

الاختيار فاختار احدهما الامضاء وسكت الآخر فان خيار الساكت باق

فقط وضعف بمصاحبة المكره شرعا فينتفي الافتراق منهما كذلك لانه لا يقبل التبعض

بخلاف الايجاب [illegible] وصحته تأثير [illegible] في المختار للمجلس ما دام الآخر مكرها

لانه معه شرعا [illegible] في التحريم [illegible]

والمراد [illegible] عدم الافتراق بالنسبة الى سقوط الخيارين

لتعذر [illegible] وقوله فاذا افترقا فقد وجب البيع يعني بالنسبة الى الاثنين

فلا يبعد فهم [illegible] المترتب للخيار بالنسبة الى ذلك من الروايات

والاصل عدم [illegible] والتعليل بالرضا لما [illegible]

واجماع الغنية [illegible] فلا [illegible] بين

الباقي في المجلس بمصاحبة [illegible] في الثاني دون الاول فانه

انما اجبر على مفارقة المجلس [illegible] عدم الاختيار معها وقد اسقط

حكمها الشارع فلو كانا [illegible] في المجلس [illegible]

[illegible] بني المسألة على بقاء الاكوان وتجددها وبانها

الباقي الى المؤثر وعدمه وان الافتراق ثبوتي او عدمي فعلى عدم

بناء الاكراه واستيناف الباقي يسقط لانه فعل المفارقة وعلى القول

بالبقاء والاستغناء وثبوت الافتراق لو سقط خياره لانه لم

يفعل شيئا وان قلنا بعدمه الافتراق والعدم ليس بمعلل فكذلك وانه قلنا

انه معلل بسقوطه لانه علته وانت خبير بان الاحكام الشرعية لو تبنى على الله

فبغايات الحكيم وقد تمشي بعض وجوه هذه المسئلة في الحي والميت قوله فاذا

زال الاكراه فلهما الخيار في مجلس الزوال اذا زال الاكراه فهل الخيار على الفور

او التراخي مطلقا او يحدود بمجلس الزوال وجوه فذهب العلامة في احد قوليه

في التحرير والتذكرة الى الاول اقتصارا فيما خالف الاصل على المتيقن وذهب

الشيخ في المبسوط الى الثالث واليه ذهب الشارح هنا ومال اليه المحقق وفيه

ان المراد بالمجلس في هذا المقام مكان البيع لا مطلق المجلس فيحمله هنا على

المجلس لا دليل عليه كما ان يحمل على الفور او يحمل على التراخي غير محدد بالمجلس

والاستصحاب مقطوع لتغير الموضع وذهب بعض المحققين الى الثاني واحتج عليه

بالاصل وبان خيار المجلس موضوع على التراخي وهذا ضعيف [illegible]

الدروس على حكاية قول الشيخ والمسالك على ذكرها وجهين وظاهرها التوقف

ولو زال الاكراه عنه وهو سائر انفسخ الخيار بمفارقة موضع التمكن على اصل الوجهين

لا لو فارق مجلس الزوال الا في طريق العود ان لم يؤد الى البعد ولا يجب

العود وان قربت المسافة ولا يتحرى الا في خلافا لبعض العامة في الاول

قال المصنف ولو فسخ احدهما واجاز الاخر قدم الفاسخ لان الفسخ يبنى على الاصل

بخلاف الالتزام فانه انما يجري على نفسه لانه بخيار على اسقاط حقه من الخيار ولا

ينافي ثبوت حق الثاني فيكون كما لو اختص الخيار باحدهما ولان سلطان الفسخ

باصل العقد مع المجلس والاسقاط جديد [illegible]

[illegible]

[illegible]

الكفاية في تقديم الفاسخ في غير محله ولو كان الاسقاط والفسخ من واحد كصدوره

من ولي عليه او وكيلين مطلقين ثم قوي الوجه الساقط ويبقى على حاله

قال المصنف ولو خيره فسكت فخيارهما باق لو قال احدهما للعاقد اختر فسكت [illegible]

[illegible]

~~او بالعدم ولا بحث في الوضوح لو ... على اسقاط ... بحصول~~

وعلى الملازمة فاما ان يقول عني او عنك او عنا او يطلق ثم اما ان
يعين الخيار اما الفسخ او اسقاطه او يطلق والظاهر ان السكوت
لا يفيد شيئا في جميع الاقسام اما خيار التمليك فباق اجماعا وكذا خيار
الاخر كما في المبسوط والخلاف والشرايع والمختلف والتحرير
والقواعد والايضاح والدروس وغاية المرام وتلخيص الخلاف
وكنز الفوائد وفتوى الشارح هنا وفي المسالك للاصل واطلاق
النص وعدم دلالة التخيير على الالتزام وحكى الفاضلان في
الشرايع والمختلف قولا بسقوط خيار القايل لانه ملكه صاحبه
ما ملكه من الخيار والخبر المتبايعان بالخيار ما لم يفترقا
او يقول احدهما لصاحبه اختر والتخيير لا يدل على التمليك
والخبر عامي وظاهره سقوط الخيارين معا وهو خلاف الاجماع
فيحمل على الامضا وعزى المحقق الكركي والشهيد الثاني هذا القول
الى الشيخ وهو غريب لتصريحه بخلافه في المبسوط والخلاف وحكاه
عنه العلامة وولده كذلك وعلى هذا القول فلو اجاب بالعدم
فهل حكمه حكم السكوت ويكون التمليك مقوى او ... وجهان
لعل الاقوى المساواة ومن التذكرة يسقط خيار الامر ان قصد تمليك
الخيار والا فهو باق وان اختار صاحبه الامضاء والحق ان
قول القائل اختر يحتمل التمليك والتفويض والاستكشاف
فان قصد الاول سقط خياره وان سكت الاخر او الاخير
لم يسقط وان امضى وان قصد التفويض سقط مع الامضاء
دون السكوت والظاهر من التخيير التفويض ولذا فهو ابي

~~السكوت والامضاء~~ هذا كله في السكوت اما مع الجواب

فان كان بالامضاء بطل الخيار انه كما صرح به الشيخ وابن زهرة

والعلامة والشهيد وغيرهم وفي الغنية وظاهر الخلاف الاجماع عليه

وان اجاب بالفسخ فظاهر وان اجاب بالعلم فهو اولى بعدم الدلالة

من السكوت وهذا كله اذا لم يصرح بالمتعلق ولو صرح بالمتعلق

فان قال اخترت الامضاء فالحكم كما لو اطلق ولو قال اخترت الفسخ

فبان الامر باق وان امضى المخير وظاهر الدروس [illegible]

[illegible] تتميم ذكر جماعة من الاصحاب سقوطه [illegible]

لهذا الخيار بغير ما ذكر الاول منها بيع ما ينعتق على المشتري

فانه لا خيار له منه ولا للبائع كما في التذكرة والقواعد

وغاية المرام وكنز الفوائد وتعليق الارشاد والمسالك

للدخول في ملك المشتري بنفس العقد فينعتق بمجرد ذلك

والعتق لا يتبعض مقال لا والحر لا يعود رقا وفي الصحيح

فيمن ينعتق من الرجال والنساء انهم اذا ملكوا اعتقوا

والنص اذا ملكن عتقن واكثر النصوص وكثير من العبارات

علق الملك وحقيقة النفي واقرب مجازاته نفيه فانه الخيار

نعم يثبت على القول بانتقال المبيع بعده اذ لا مانع منه

ومدرك المسئلة انه بين دليلي العتق والخيار عموما

من وجه ودليل العتق اقوى من وجوه اولا ان العتق

عندهم مبني على التغليب ويترجح بادنى مرجح وثانيا ان

ادلته انص على هذا المورد من ادلة الخيار وثالثا يظهر من

[illegible] الاردبيلي انه فهم من العلامة في التذكرة عدم الخلاف فيه

بين الاصحاب ولا اقل من انه المشهور فيما بينهم [illegible]

~~لاحتمال تقديم دليل الخيار فيحكم~~ فلا مجال للقول

سواء اطلق [illegible] او قال اخترت [illegible] اما لو قال اخترت الفسخ [illegible] سواء اطلق الخيار او قال اخترت الفسخ [illegible] العقد اما لو قال اخترت الامضاء فاجاب بالفسخ او قصد الفسخ [illegible] المشتري [illegible] لحق نفسه لم ينفسخ على الكل

بناء على ... هذا كالقول بالجمع بين
الدليلين بناء على الخيار فاعن عدم وقوع العتق متى ازاله
وعدم جواز عود الحر رقا فان الظاهر انهما مجمع عليهما فيما بينهم
ولا للقول ببناء العتق ... وبالوجهين ...
واحتمل في الدروس ثبوته للبايع على المشهور لسبق تعلق
حقه فيقف العتق على التزويج اويثبت الخيار في القيمة
دون العين جمعا بين الحقين وتنزيلا لها منزلة التالف
وهو بعيد خصوصا مع علم البايع وتقدم حقه ممنوع فان
الخيار بعد الملك كالعتق والقيمة بدل العين فيمتنع استحقاقها
دون المبدل ... وعد من قسم ما نحن فيه
في سقوط هذا الخيار شراء العبد نفسه ان جوزناه لكنا الفرق
وما اذا قهر الحربي قريبه وباعه للمسلم فانه استنقاذ وبيع
الكافر المصحف والمسلم وما اذا اشترى المملوك ليرث
وما اذا كان المبيع جمدا في شدة الحر ... ان تعالى ان
لا يسقط الخيار الى غير ذلك مما ينبها التصرف ...
هذا الخيار بتصرف المشتري بالمبيع ... فانه مسقط لهذا الخيار كما في
الخلاف والكافي والجواهر والسرائر والتذكرة والتحرير والقواعد والروضة
والدروس والتنقيح وتلخيص الخلاف وكنز الفوائد والمسالك للتعليل في
بالرضا المستفاد من الصحيحين الواردين في سقوط هذا الخيار بالافتراق
وخيار الحيوان بالتصرف ولنقل الشيخ في الخلاف اجماع الفرقة على ان
المشتري متى تصرف في المبيع سقط خياره وورود الاخبار به عنهم
عليهم السلام مشيرا بذلك الى ما اورده في كتاب الحديث ولم يوجد

وفيه ان الظاهر من الاصحاب انه لبيان الحكمة لا علة وسيأتي تمام الكلام في ذلك

ان ... الاصحاب ... في ... على ... الاجماع ...

فيه ما يدل على ابطال التصرف لمطلق الخيار الا من جهة التعليل
و وافقه القاضي على الثاني فادعى ورود الاخبار به دون الاول
وكما يسقط خيار المشتري بتصرفه في المبيع فكذا يسقط خيار البائع
بتصرفه بالثمن المعين لاشتراك العلة وهي الدلالة على الرضا
والاجماع المستفيض بالبيع ان قلنا بتماميته ولو انعكس الامر فتصرف البائع بالمبيع
او المشتري بالثمن كان فسخا من دون معونة القرينة [illegible]
لفعل المسلم على الصحة فيبطل به الخيار ان معا واهملها جماعة كالمحقق
حكم التصرف في هذا الخيار واقتصروا على سقوطه بالتفرق
والتخاير وقد صرح جمع منهم عليها فعلا او انما يسقط بالتفرق
والتخاير ومنهم الشيخ في المبسوط وابن زهره وابن سعيد
وابن ادريس في موضع من السرائر وآخرون قصروا الامر
على الافتراق موافقة للفظ النص وظاهر المتأخرين عدم الفرق
الخلاف وهو كذلك ويشهد عليه الاجماع المنقول وبعد الاطلاق
في التخاير وتخصيصهم خيار العين بالبقاء مع التصرف
وتعليلهم السقوط به في غيره بالدلالة على الرضا والعلة
مشتركة فيشترك المعلول فالقصر على البعض والاقتصار
على التفرق والتخاير لقصور العبارة والاتكال على الظهور لا لمخالفة
في الحكم ويجيء تمام الكلام في التصرف انشاء الله
المقصد الثاني خيار الحيوان والمراد بالحيوان كل ذي حياة
صغيرة كالجراد ودود القز وزنبور العسل والعلق ونحوها
على اشكال او كبيرا انسانا او حيوانا بريا او بحريا انسانا او غيره

مبناه على التعليل المتقدم وهو خاص بالمشتري

مع تكرر نقل الاجماع فيه

وغير انسان حيوانا تاما او جزء مشاعا على اشكال اما الجزء المعين منه كالراس على القول بجواز بيعه فلا خيار فيه على الاقوى مستقر الحياة او غير مستقر وفي غير المستقر وجهان بالنظر الى صحة البيع وعدمها وثبوت الخيار وعدمه نظرا الى انه لا فائدة فيه فاشبه بيع الميتة والخيار لا يمكن للموت وباعتبار حصول الفائدة فيه ولو يسيرة ويرد وخطه فلو فرض انه لا فائدة فيه اصلا يمكن فساد البيع من جهة عدم استقرار الحياة بل لعدم الوجه ودعوى عدم امكان الخيار للموت ممنوعة لامكان اختيار المشتري الفسخ قبل الموت ولو لم يفسخ كان تلفه من مال بايعه كما هو القاعدة في خيار الحيوان والاقوى الثبوت لعموم الادلة الدالة على ثبوت هذا الخيار في كل حيوان فلو باع غير مستقر الحياة مع العلم بانه لا يبقى بثلاثة ايام او باع حيا من السمك والجراد ولا يبقى كذلك احتمل القول بانتفائه لانتفاء موضوعه وبالثبوت لمقدار الحياة لان معنى خيار الحيوان خياره ما دام حيا فيكون كما اذا مات اثنائها [illegible] و بالثبوت الى الغاية وحتى الثلاثة او وسطها اما الميت مذبوحا او منحورا او ميتا مذكى كالسمك والجراد فلا خيار للمشتري فيه والظاهر انه لا فرق بين كون الحيوان مبيعا مستقلا او منضما الى غيره وما يقال الان ثبوت هذا الخيار على خلاف الاصل فيقتصر فيه على المتيقن والمركب من الداخل والخارج خارج الاوجه

ولو فسخ فيه واما ان يقع [illegible] وعلى تقدير ثبوت الخيار فليس له الفسخ فيه [illegible]

او تكون فيما في الحل كما سبق [illegible] لان تمامه الى العقد والعقد

وما اعتبار لزوم الضرر بالتبعيض [illegible] واحد [illegible]

[illegible] وباب التبعيض للصفقة ليس فيما البعض المعين

[illegible] سواء [illegible] انضمام من الوصف وقولهم [illegible]

بالنسبة الى ذلك قال العلامة وهو ثابت للمشتري خاصة

وللبحث في هذه المسألة تقع في مقامات الاول في اختصاص

هذا الخيار بالبيع فنقول لم نر من الاصحاب من نص على

جريان خيار الحيوان في غير البيع ولا على عدمه والاقتصار

على البيع عدا بعض متأخري المتأخرين الا ان الظاهر من

ظاهر كلماتهم وفتاوى الاخبار تقتضي بالاقتصار وهو

الموافق لمقتضى الاصل والقاعدة في الخيار وما يتخيل على

الجريان استنادا الى عموم الحكمة في ثبوت الخيار في

الحيوان دون غيره فضعيف لعدم النص على الحكمة

نصا معتدا به ولو قام عليها اجماع مع ان الحكمة لم

تصل حد منصوص العلة حتى يحكم بجريانها على انه ربما

كانت الحكمة في خصوص البيع لكثرة دورانه بخلاف

ما عداه ودعوى تنقيح المناط مما لا يتفوه به فقيه فكلما

شك في شمول البيع لم يحكم بجريان هذا الخيار فيه

وكذا كل خيار خاص بالبيع وقد تقدم شبه ذلك في خيار

المجلس الثاني في ثبوته للبايع والمشتري وفيه وجوه

اولها

اولها ان البايع من خلى مالى المنقول عنه من البا والمشترى
بخلافه ثانيها ان البايع المطلوب منه والمشترى الطالب
ثالثها ان البايع المبتدى بالعقد والمشترى بخلافه رابعها
البايع الموجب والمشترى القابل خامسها البايع
مصدر الفعل والمشترى مصدر الانفعال سادسها
البايع ناقل الجنس والمشترى ناقل الثمن النقد سابعها
ان البايع هو المستدعى للمنقول اليه اولا عادة والمشترى
بخلافه ثامنها ان البايع هو البادى على الثمن والمشترى
بخلافه تاسعها ان المشترى هو الماكس والبايع بخلافه عاشرها ان البايع
عاشرها الى غير ذلك ولو حاولت الجمع بين صنفين
ذكرت كانت ستا واربعين ولو حاولت التثليث والتربيع
والتخميس والتسديس هكذا تعددت الصور والاوجه ثم
وكلها او جلها يتفرع بالسلم وبصورة تقديم القبول
على الايجاب وفي التمييز بالمعاطاة المغلبه لو جعلناها
بيعا وفي عقد الاخرس اشكال ولعل الاعم اختلاف النظر
باختلاف المقامات والمحكم الذى يرتفع الاشتباه فتامل
وملاحظة البحث يجرى بالنظر الى لفظ الثمن والمثمن وبعض المرة
بالنسبة الى ما يترتب على كل واحد منهما من الاحكام وتعريفهم
الثمن بمدخول الباء فيه انه لا يجدى في مثل بعتك على عوض كذا
او والثمن كذا وكذا اصل الثمن الفضة والذهب لا يجرى فيهما
لوكان كلمنهما من جنس الذهب والفضة بل ربما يكون المبيع
من جنسهما والثمن من غيرهما واولى جعل الثمن هو البايع

المشترى ناقل الثمن
وهو ما يشابه دخول البا
والبايع بخلافه

وفي العقد بجمعه
الشرائط من الخاص
بناء على جوازه

الوجه
فيه
الى

انتهى
وعلى تقديره فهو
في حذف اسم المشتري
ينفى الخيار بالاوصل

في المرتبة الاولى بعد الايجاب والقبول او ثمنا فيقدم بالاصالة
او ما اله بدال والثمن بخلافه او ما ... مشابه ...
عليه دخول الباء والثمن بخلافه في المقام الثالث في
اختصاصه بالمشتري وقد اختلف فيه الاصحاب فقيل باختصاصه
به وعدم ثبوته للبائع مطلقا سواء كان المثمن والثمن حيوانا او احدهما
حيوانا دون الآخر ... الصدوق ... وابي علي
... والطوسي و... والسامي ... الحسن والحلبي ... واستند
المشهور بين الاصحاب شهرة محصلة ومنقولة ...
عليه بالاصل والاجماع كما في الغنية ... الدروس وعموم الكتاب
روايات ... خيار المجلس وخصوص الصحاح منها الصحيح عن رجل
اشترى جارية لمن الخيار للمشتري او للبائع او لهما كليهما فقال الخيار
لمن اشترى ثلاثة ايام نظرة رواه ... في قرب الاسناد ومنه
... ما الشرط في الحيوان فقال ثلاثة ايام للمشتري قلت وما
الشرط في غيره فقال البيعان بالخيار ما لم يفترقا ويتلوها الثاني
... ثلاثة ايام للمشتري ... الصحيح ...
... للمشتري وهو بالخيار ... شرط او لم يشترط ...
... بالخيار ثلاثة ايام ... من ...
دون الثاني ... المشتري بالخيار ...
... الصحيح ...
... المشتري ...
... الصحيحة ...
... البائع ... اختصاص المشتري ...
... الناصر ...
... يفترقا لانه من القدماء ... من الاصول القديمة وفي
عليه

وما رواه الراوندي في فقهه ... عن فضيل قلت لابي عبد الله ما الشرط في الحيوان قال ثلاثة ايام ... ويكون الخيار للمبتاع ... ولو ... في ذلك كون المروي في الكافي والتهذيب عن فضيل في الصحيح

هذه الرواية دلالة على المطلوب من وجوه منها الحصر المستفاد من التعريف فان التقدير الخيار في الحيوان ثلثة ايام فرق بينه وبين قولنا المشتري للحيوان بالخيار فان الثاني انما يدل بمفهوم الوصف والاول به وبالحصر ومنها ظهور اللام بالاختصاص ومنها المقابلة بثبوت الخيار في غير الحيوان للبايعين ومنها ظهور هذا الوصف في التقييد لمقتضى السؤال ... ولا تعبد في ملاحظة الاسناد الى ... الرواية ظهورها في كون خيار المجلس مختصا بغير خيار الحيوان فتكون متروكا الظاهر لان ذلك انما وقع لسؤال السائل ونقرب من هذه الرواية في الدلالة صحيحة ابن رئاب الشروط في الحيوانات ثلاثة ايام للمشتري ومرفوعة علي بن ... الحلبي في الحيوان ثلاثة ايام للمشتري وموثقة ابن فضال صاحب الحيوان المشتري بالخيار ثلاثة ايام وهذه الرواية ... بمفهوم الوصف ويتلوها الصحيحان البيعان بالخيار حتى يفترقا وصاحب الحيوان بالخيار ثلاثة ايام فان ظاهرهما يجب السوق في حصر خيار الحيوان باحدهما فان اريد به البائع كان نافيا للاجماع فتعين ان يراد به صاحبه بعد العقد وهو المشتري ويشهد له تقييده به في الموثق مضافا الى انه هو المناسب لانه قد انتقل اليه عنه والتلف في الحيوان في ضمان البائع مدة الخيار كما دل عليه الصحيح والمرسل وغيرهما ولولا اختصاص المشتري به لكان من ضمانه وفي مكاتبة الصفار المحكي ... المشتملة على انه مع احداث المشتري حدثا يجب الشراء وظاهرها الوجوب من الطرفين ما يقضي بذلك وايضا فالمدة انما ضربت فيه لمكان الاختبار والبائع ضمن فلا خيار وذهب السيد المرتضى وابن طاوس الى ثبوت الخيار لهما واطلاق الخلاف فيه يؤذن بموافقتهما وكذا الكافي لولا تصريحه ... البائع ومال الشهيد الثاني قال ... في غاية ...

لا يرد والمعصوم في مقام تعريف خيار الحيوان وكل ... في مقام التعريف يعني ... احترازي ... وعلى ذلك المفهوم من ... ايام انه ليس اقل منها ... لانه في مقام البيان فلا ... ما عن فيه

ان لم يثبت اجماع على خلافه وكن لا صاحب المفاتيح وتوقف
الشهيد الاول في غاية المراد وفي حواشي القواعد وابو العباس في
المقتصر للاجماع كما في الانتصار والخلاف و[illegible] الصحيح المتبايعان بالخيار
ثلاثة ايام في الحيوان وفيما سوى ذلك من بيع حتى يفترقا واجماع الانتصار
مردود بالشذوذ والانحصار لان ابن طاوس غير داخل تحت معقده
لتاخر عصره عنه فالخبر القائل الجمهور بموجبه [illegible] وعرض السيد في الخلاف
اثبات اصل الخيار ردا على العامة وانما احتج بالاجماع على ذلك
دون العموم لتصريحه في النهاية والمبسوط باختصاصه بالمشتري وبنفي
وقوى مثل ذلك منه كثيرا والصحيح مع كونه متروك الظاهر لان ظاهره
اختصاص خيار المجلس بغير الحيوان لقوله عليه السلام وفيما سواه ذلك
ولا يرد علينا مثله في صحيح قرب الاسناد لان الضمير هنا ناشئ من
كلام المعصوم وفي ذلك من كلام السائل غني واضح السند لان
فيه ابا ايوب ابن عيسى او ابن عثمان او ابن زياد وان كان الظاهر
انه الثقة الا ان ذلك مما يوهنه ولا صريح الدلالة لاحتماله ثبوت
الخيار للمشتري على البائع فيكون بينهما كما في المختلف او على ان
الخيار المجموع من حيث المجموع فلا يدل على ثبوته في الافراد كما في [illegible]
او على الاعم ذلك وروايتا صاحب الحيوان دال على الخلاف
كما سبق وعلى كل حال فدليل المرتضى لا يعارض [illegible]
المشتمل على النص الصحيح المعتضد بجهات الترجيح كالمطابقة لظاهر
الكتاب والعموم [illegible] والمشهور الظاهر بين الاصحاب
واصل اللزوم والاجماع ومطلقا المنقول بل المعلوم و
موافقة الاعتبار وظواهر الاخبار فلا مجال للتوقف ولا
لتقويه هذا القول مع ان راوي صحة الخبر محمد بن مسلم قد روى عن
ابي عبد الله في الصحيح قال قال رسول الله [illegible] البيعان بالخيار حتى يفترقا وصاحب
الحيوان بالخيار ثلاثة ايام فالراوي والمروي عنه فيهما واحد

وما يشتمل من الروايات على لفظ صاحب الحيوان بناء على ان المراد من النقل عنه

ومن كلمة بزيادة لفظة من بيع

وروى عن الحسن بن زرارة بعينه واللفظ فيهما مسند الى النبي فينبغي ان يكون
هنا شهرة الاصل والاول مروي بطرق المتوافقة لها في المتن وذهب السيد المرتضى
الى ثبوته للمتبايعين اذا كان المبيع حيوانا بحيوان وجعله المحقق في الشرائع
ثالث الاقوال ونفى عنه البعد وجعله كالعلامة محملا لصحيحة ابن مسلم
السابقة في حجة المرتضى وبه يحصل الجمع بين الادلة وانت خبير بان
الجمع فرع التكافؤ وقد علمت عدمه مع انه لا شاهد عليه وذهب
الشهيد الثاني في المسالك والاردبيلي في مجمع البرهان الى ثبوته
لذي الحيوان مطلقا فيكون لهما اذا كان العوضان حيوانين وللمشتري
خاصة في بيع الحيوان بغيره وللبائع كذلك في بيع غيره به وقواه الفاضل
هنا واحتمله العلامة في التذكرة نظرا الى الحكمة المشتركة فان اختصاص
الحيوان بالخيار لاشتماله على امور باطنة لا يطلع عليها غالبا الا بالتروي
والاختبار فلو كان هذا الخيار غير محدود لادى الى الضرر لدوام
الى الفسخ بعد مدة طويلة ولا محدد بثلاثة ايام لانه لا يظهر فيه حاله غالبا بدون
قد يشتبه بالعيب فحدد بالثلاثة وهذه الحكمة مشتركة في الجانبين ومستدلا بالجمع
بين الاخبار وحملا باطلاق ثبوته لصاحب الحيوان في الصحيحين فاما
الحكمة فان اريد بها العلة المستنبطة فلا يجوز العمل بها ما لم تكن معلومة علما قطعيا
من عقل او اجماع فتكون منقحة وان كانت منصوصة يكفي فيها الظن لان الدلالة حجة
لفظية وليس في المقام شيء منهما قطعا وان اريد بها الحكمة في شرعية الحكم ومرافقته
للاعتبار ففيه ان هذه لا يناط بها حكم لعدم انضباطها واطراد الحكم بدونها
على انه ربما كانت الحكمة ما ذكروه مع كثرة الوقوع والصدور بخلاف الفرض المذكور
والجمع فرع التكافؤ مع انه لا شاهد عليه والمبادر من صاحب الحيوان في الصحيحين خصوص
المشتري [illegible] البائع ولا المشتري اليه [illegible] ولا [illegible] فيهما
بالجانبين ومشتري باعتبار على ان تقييده [illegible] الموثق بنفيه لا اختصاص به
للجمع بين العام والخاص
حملا [illegible] على [illegible] الصحيح مخصص او موزعا بناء على ان الصحيح كالنص في ان المتبادر
انما هو خصوص المشتري واما [illegible] الى مطلقا فلا ينصرف اليه الاطلاق قطعا
تقديره يلزم انه متى [illegible] العوضين حيوانا ثبت الخيار للمتبايعين وهذا [illegible] قائل ولا [illegible]

وما يقال من ان المراد بصاحب الحيوان في الصحيحين من انتقل اليه الحيوان
لا صاحبه الاصلي الناقل له والتقييد بالمشتري في الموثق واطلاق
اختصاصه بالمشتري في الاخبار الاخر انما ورد مورد الغالب فالصفة
ليست مخصصة ولا موضحة وانما وردت على ما هو الشايع وكم من
ولا مخصص له فيكون صاحب الحيوان شاملا لكل من انتقل اليه الحيوان ثمنا كان او مثمنا
فالخيار لهما حيث يباع الحيوان بالحيوان وعليه يحمل الصحيح الذي هو دليل
السيد وللبايع ان باع الدار بالحيوان مثلا وللمشتري ان باعه بالدراهم
قلت قد تقدم لك ان المتبادر انما هو المشتري لان الغالب هو
صاحب الحيوان المشتري فيكون واردا على الغالب وينصرف الاطلاق
اليه ولا يتناول من انتقل اليه بسبب غيره به لا لو نادر بخصوص صاحبه الذي هو
به وما يقال انه عموم صاحب الحيوان لغوي فيتناول النادر وغيره
من جهة الاضافة وعدم سبق معهود له مع اختصاصه بالحكم الخاص
فلا مجال للحمل على الغالب لانا نقول غلبة استعماله في المشتري
جرت مجرى سبق المعهود الخارجي مؤيدا بالتقييد والاطلاق في المشار اليهما
سابقا على انا نمنع كون عمومه لغويا اذ لا نريد مما اكتسب منه العموم
اعني المضاف اليه مضافا الى فهم المشهور منه ذلك وهم اعرف
بمواقع الالفاظ مع ان الاصل في التقييد التخصيص ولا يصار
الى غيره الا بالقرينة مع موافقته للروايتين الصحيحتين الاولتين
وروايات يكشف بعضها عن بعض وعلى كل حال فهو غير مكافئ
لما سبق من الادلة فلا معنى للقول به ويستوي في هذا
الخيار الامة وغيرها على الاصح وفاقا للحلي والشهيدين وغيرهم
لا لكن العموم النصوص كقوله في صحيحة الحلبي الخيار
في الحيوان كله وفي صحيحة ابن رئاب الشرط في الحيوانات الى ثلثة ايام
وخصوص صحيحة قرب الاسناد الواردة في الجارية بخصوصها
والصحيح

وصحيحة عبد الله بن سنان عهدة البيع في الرقيق ثلاثة ايام ان كان بها
حبل او برص او نحو هذا الحديث وللاجماع كما في التنقيح وظاهر الانتصار
والخلاف والتذكرة والتحرير خلافا للحلبيين فجعلاه الشرط في الامة
مدة استبرائها وادعى في الغنية الاجماع عليه ويوافقهما ظاهر الشيخين
والقاضي حيث حكموا بضمان البائع مدة الاستبراء وليس الا لانها
مدة الخيار والحمل على عدم القبض بعيد والمفروض في المقنعة والنهاية
وضع المشتري اياها عند عدل وهو قبض والايداع وفيهما دعوى الاجماع
والوسيلة والجامع ان النفقة تلك المدة على البائع وهو مؤذن
بذلك والا لوجبت على المشتري بالملك قبل انقضائها سواء قلنا
بالملك بنفس العقد او بعد انقضاء الخيار قال المص ثلاثة ايام
لا ريب في دخول الليلتين المتوسطتين وانما البحث في الاولى على الحقيقة
باعتبار ان المعدود من الايام موضوع بوضع اخر او انه مجاز
لان اليوم يقابل الليلة فهو ما بين طلوع الفجر الى غروب
الشمس الحمرة المشرقية ولو ادعى انه اظهر في الحقيقة ويكون كالمشترك
بين الكل وجزئه لم يكن بعيدا واما الليلة الاولى فغير بعيد ان يقال
بان الايام المتعددة اذا تعلق بها الخطاب كايام الاعتكاف والاقامة
او التردد ثلثين يوما وايام الحيض واكثره والعدة ونحوها يجوز فيها
ادخال الليلة الاولى واخراجها فهي كالمشترك بين الكل
وجزءه فان ادخل الليلة صارت جزءا وليست بخارجة حتى تكون
العشرة تسعة والثلاثة اثنين لان الظرف لا معنى لها وبناء على التلفيق
يلزم ذلك فيجوز ان ينوي الاعتكاف من الغروب ويدخل الليلة
ولا بد من الاتيان بعشرة تامة او ينوي الصبح ويخرجها وكذا في الاقامة

والحيض والطهر وهكذا تكون الايام عبارة عما لا يزيد
عليها باض مثلا فاذا زاد بياض جاء التلفيق لبعد الطهر
ولعدم لزوم ما زاد على العدة والا كانت ايام الاقامة
عشرة ونصف وكذا الحيض والطهر والعدد وهكذا فهو مجاز
قرينة ما ذكرناه واما الليلة المتاخرة فلا بد من قطعا
بعض الاطراف والظ دخول الليلتين
اصالة فتدخل الثالثة والا اختلف معنى الاحاد في
استعمال واحد ان اراد به المتاخرة لا وجه له لان كلا منه اما تم
على الوجهين الاولين ان اليوم حقيقة فيما يعم الليل
او مجاز وان العدد تابع لذلك اما على الوجه الاول
من الوضع للهيئة التركيبة
وبين الجزء او المجازية فيما قلناه والمراد ثلاثة ايام عقيبا او
لانه الاصل في التحديد قال المص من حين العقد الظ اعتبار
الملك فلو اسلم حيوانا بطعام فخيار من حين القبض لا
العقد وكذا في عقد الفضولي على القول بان الاجازة ناقلة
من زمان الاجازة اذ لا يعقل خيار مع عدم الملك وفي المعاطاة
لا عقد فالمدار على الملك على النحو المتقدم والظ ان اطلاق الاصحاب
انه من حين العقد جرى على الغالب ثم ان هل المدار على حين العقد
ام حين التفرق وجهان بل قولان ذهب الى الاول العلامة
وولده والشهيدان والسيوري والكركي وهو الظ من المعظم
لتبادر الاتصال بالعقد من النصوص وتعيينه ارادته من اكثرها
هي التي

بناء على ثبوت الخيار للبايع

وهي التي لم يتصرفا فيها الخيار المجلس وقيل من حين التفرق واليه ذهب
في الغنية فانه اطلق التحديد بالتفرق في ابتداء مدة الخيار ونص
على ذلك الشيخ والحلي في خيار الشرط ويلزمهما القول به في غيره
لعموم ما علل به وظاهر المصنف في الدروس التوقف في المسئلة
حيث اقتصر على ذكر الاحتمالين من غير ترجيح وظاهره في غاية المراد موافقة المشهور
كما رجح هنا استصحابا للخيار ويتوجه بوجهين احدهما ان الخيار حادث
والاصل تاخره الثاني انه يختلف باختلاف مبدائه فاذا كان مبدءه
من حين العقد يكون انقضاء الثلاثة في زمان اقل منه في
زمان يكون مبدءه من حين التفرق فيتحقق فيه الخيار بعد زمان
ما بين العقد والتفرق وحملوا له على التاسيس والتاسيس خير من التاكيد
وتفاديا من اجتماع المثلين وتداخل الاسباب وتوارد العلل و
الخيار على البيع الموقوف على التفرق واقتضائه اللزوم لولاه ولا
يلزم الاول والاصل لا يعارض النص والتاسيس مع انه خلاف
وضع العقد الذي وضع على اللزوم غير ملتزم لا لانها اولوية وبخالفه
الاولى غير قادحة مع ان هذه الاولوية في الالفاظ اما في
الاحكام فلا والخيار واحد بالذات مختلف بالاعتبار فلا
يجتمع المثلان وفايدة البقاء باحد الاعتبارين مع سقوط
الاخر فلا تداخل الاسباب والاسباب الشرعية معرفات
لا مؤثرات فلا استحالة في اجتماعها كما اجتمعت في
المجلس والعيب وخيار الرؤية باعتراف القائل والبيع
يتم بالايجاب والقبول على الاصح فلا يمتنع الخيار قبل
التفرق وارتفاع الخيار المخصوص لا يقتضي اللزوم مطلقا
بل اللزوم اللازم من رفعه فيتعلق الخيار الحادث ولو قيل

١٦٦

بالنسبة في مجموع الثلاثة دون الجميع اندفع الاكثر اما التاسيس
فلانه صادق حجر لان خيار الحيوان قد انتفى في المدة التي
هي من حين التفرق الى حين انقضاء الثلاثة من المجلس فلا اثر
في المدة التي هي من حين العقد الى حين التفرق ومنه يعلم عدم اجتماع
المثلين وتداخل الاسباب وتوارد العلل لكنه خلاف الظاهر نصا
وفتوى [illegible] سقوطه الاول بالعلم مع استمرار المجلس طول المدة
وهو بعيد قلنا هو فرض نادر الوقوع قال المص ويسقط باشتراط سقوطه
او اسقاطه بعد العقد اما الاول فللاجماع وعموم الكتاب والسنة
واما الثاني فلا خلاف فيه ايضا والاولوية من التصرف تقتضيه لانه دال
على الرضا منه والعلة المنصوصة تدل عليه ثم ان شرط السقوط والاسقاط
في بعض المدة متقاربا او متأخرا او متقاربا ومتأخرا لا مانع منه وليس
هذا [illegible] حق واحد فلا يقبل التجزية على الاصح بل هو حقوق متعددة موزعة
على الزمان فلا يسقط الا [illegible] لاصل العدم واستصحاب
في الاسقاط البناء [illegible] العقد [illegible]
البقاء وما يقال [illegible] فيكون [illegible] قلت
لم لا تقولون انه لم يأذن له في التصرف فيكون مسقطا في ذلك الوقت
فقط [illegible] الفعل اضعف من القول فاذا قلتم به في
الاقوى لم يمكنكم القول به في الاضعف بالطريق الاولى قلت
الفارق الدليل حتى انه لو اشترط عدم السقوط بالتصرف
كان شرطا فاسدا على الاقوى وكذا يسقط بانقضاء المدة
بلا خلاف كما في الغنية وخالف فيه بعض العامة ولا يسقط بالرضا
بالعيب ولا بالمشترك من الصفوف وانه شرع الخيار في الحيوان
لخفاء عيبه غالبا لعموم النصوص وعدم وجوب انعكاس العلة
بل الواجب اطرادها وقد نص على ذلك في التذكرة قال لم

وما قال انه يلزم على المشهور

ظ التصرف الرضا ما حصل العقد والالتزام من مظهر ولو علم منه خلاف ذلك

لو نفاه [illegible] حنفية

او تصرفه للاجماع المنقول في الغنية والخلاف على اسقاطه الخيار ونفي عنه الخلاف في
الغنية ولصحيحة ابن رئاب فان احدث المشتري فيما اشترى حدثا قبل الثلاثة
ايام فذلك رضى منه قيل له وما الحدث قال ان لامس او قبل او نظر منها الى ما
كان محرما عليه قبل الشراء ومثلها صحيحة اخرى المروية في قرب الاسناد وبادني
تفاوت ومثلها صحيحة الصفار في الرجل اشترى من رجل دابة فاحدث فيها
حدثا من اخذ الحافر او نعلها او ركب ظهرها فراسخ اله ان يردها في الثلاثة ايام
التي فيها الخيار فوقع عليه السلام اذا احدث فيها حدثا فقد وجب الشراء ان شاء الله ولانه
مطلقا دليل الرضا والالتزام بالبيع اما عرفا او حكما من الشارع اما مطلقا او ما لم يعلم
عدم الرضا ولا ريب ان ما ذكر في الصحيحتين من جزئيات التصرف انما هو على سبيل
المثال مع ان الجواب في ذيل الصحيحة الثالثة يقضي بالعموم في الحدث والظاهر انه هو
التصرف في المعرف كما نطقت به الرواية الاولى مع انه لا شيء من جزئيات التصرف
التي ذكرها الاصحاب اضعف من النظر المنصوص عليه في الصحيحة الاولى فالاستشكاله
في مجمع البرهان وتبعه فيه صاحب الكفاية فقال اني لا اعلم دليلا على كون
شيء من التصرفات موجبا للزوم سوى ما ورد في الحديثين المذكورين وما في معناه
او اقوى منه لا وجه له ثم انهم جعلوا عنوان المسئلة التصرف ولفظ التصرف ذكر
في كثير من الاخبار ويتعلق به كثير من احكام العبادات والمدار فيه على ما صدق
عليه اسمه عرفا وربما عدينا الحكم الى اسم الاستعمال والانتفاع وان لم يصدق
التصرف لمكان التعليل بالرضا ولما ورد ان العرض على البيع اسقاط وسيأتي بيان
حقيقة الحال ثم ان لكل شيء استعمال وتصرف وانتفاع فالتصرف بالبار ركوبها
وصونها والتصرف بالضلال بالكون تحته ولو لم يكن الكون تصرفا لما حرم من الدار

سوى الارض وهو بديهي البطلان والاستضاءة بالسراج انتفاع بالفتيلة والدهن والسراج والانتفاع والاستعمال للمشموم شمه وللمذوق ذوقه وللملموس لمسه وللمسموع سمعه وللمرئي رؤيته وان لم يصدق في بعض اقسامه اسم التصرف ثم التصرف قد يكون عمدا مع العلم بالحكم وجهل به او علم بالموضوع موضوع التصرف او الخيار او جهل به مع العلم بالرضا بالسقوط او علم بعدمه او لا مع شيء منهما مع تجرد من الالزام او عدمه او الاجبار مع اللزوم الشرعي كتوقف حياة نفس محترمة عليه لجوع او عطش او نجاة من حرق او غرق ونحو ذلك او المنع الشرعي كوطي الغلام او الحائض او لا مع شيء منهما وقد يكون عن نسيان او غفلة او نوم او سكر او اغماء او دهشة او جنون او طفولية ونحوها وقد يكون مع الاذن من احد المتعاقدين للآخر فيه وعدمه وقد يتصرف بنفسه او بوكيله او بوليه او بفضولي او مأذونه والمسئلة كثيرة الاقسام تستدعي بسطا في المقام فنقول لا ريب في سقوط الخيار بالمسقط الفعلي الصريح كنقل الملك ونحوه الا على ما سيأتي للمصنف في خيار الغبن مع الجهل وهو خلاف ظ الاصحاب علم منه الرضا بذلك او علم عدمه او عمه عدم المانع او لم يعلم شيئا منهما قصد الاسقاط به او لم يقصد او قصد عدمه سواء كان التصرف فيما انتقل منه او انتقل اليه وربما احتمل ضعيفا عدم الصحة فيما اذا كان التصرف بعقد او ايقاع فيما انتقل منه او انتقل اليه لان الشيء الواحد لا يحصل به الفسخ والعقد معا كما ان التكبيرة الثانية في الصلاة بنية الشروع يخرج بها من الصلاة ولا يشرع بها في الصلاة وفيه ان الحاصل للملك والفسخ القصد المقارن للعقد او الايقاع السابق عليهما اثباتا او يحصل بها والتقدم ذاتي فاندفع ما قيل من ان اول الصيغة يحصل عند

ملك والبيع موقوف على الملك الموقوف على الفسخ المتأخر عن البيع فهذا دور لانه من
دور المعية نعم ذلك متوقف على وجود الدليل والظاهر انه لا انعقاد الاجماع
عليه ويسقط بالمسقط الفعلي الظ كالمسقط القولي الظ سواء كان فيما انتقل
عنه او انتقل اليه ويكون فعل ذلك من غير فرق الوطي ونحوها وغيرها واستشكل
في المذكرة بالنسبة الى القسم الاول وقال انه ناش من انتقال الملك عنه فيكون
الوطي قد صادف ملك الغير فيقع محرما من انه المنع في التمسك بالمبيع وفسخ
البيع منه للفظ فيه ان القصد الى الفعل المقارن له او مقدمات الفعل او حرمته
الاول هو المقتضي للفسخ فيعود الملك اليه قبل تمام الوطي فلا يقع الوطي
بتمامه محرما والسقوط بتمام هذا القسم من الفعل لا باعتبار ان للافعال ظواهر كما
ان للاقوال ظواهر وكما ان ظواهر الاقوال حجة فظواهر الافعال كذلك فكل مقام
اعتبر الشارع فيه ظ القول يعتبر فيه ظ الفعل كما يقضي به استقراء المقامات
الكثيرة وذلك لان هذه القاعدة غريبة ولا بينة ولم يقم عليها دليل من عقل
او نقل اجماعي او غيره بل باعتبار ان المدار في المقام على الدلالة على الرضا كما هو
الظ من فحاوي روايات باب الخيار حينئذ ورد في بعضها ان العرض على البيع مسقطا
وجه كون التصرف من حيث هو مع حصول العلم او الظن منه بالرضا بالسقوط
لا مع كونه مسقطا على وفق القاعدة فيجري في جميع الخيارات ولا يختص بما ذكره
الفقهاء وقام عليه الدليل ولا في جميع الافعال الظ في ذلك ولا يختص بالتصرف
ونظهر وجه كون تصرف ذي الخيار فيما انتقل منه فسخا مط ايضا ويكون المدار
على فهم الرضا كيف ما اتفق هذا مع حصول المسقط من دون معارض اقوى منه
دال على عدم الاسقاط اما مع حصول المعارض فان كان في الفعل الصحيح فلا

يجري نقصا قطعا لان السقوط فهري غير موقوف على الاسقاط وان كان فيما عداه
فمقتضى الضابط التي ذكرنا عدم السقوط حتى مع الشك لعدم الاسقاط ولا
تاثير للدال مع العلم بعدم الارادة لظاهره او الشك في ذلك الا ان ظاهر
الاصحاب في التصرف انه مسقط مع النص على عدم الرضا وعدمه وهو ظاهر
الروايات في خيار الحيوان بل هو صريحها فينبغي الاقتصار في السقوط مع النص
على عدم الرضا في خصوص خيار الحيوان وان قام اجماع فيما عداه قرب به وكذا
في خيار العيب لان ظاهر الروايات فيه ذلك وربما يظهر من بعض الاصحاب ان
الحكم بالسقوط في التصرف مطلقا انما هو لدلالته على الرضا ظاهرا مع الشك
للمعارض يحكم بظاهره شرعا فيكون كالقاعدة تمسك بها دائما الا حيث يعلم
عدم الرضا فلا وتقدير الاول فقط ويختلفان في صورة الجهل وعلى كل واحد
من هذه الوجوه في التصرف يمكن حمل صحيحة بن رئاب [illegible] وربما يقال ان الوجه
الثاني اظهر الوجوه فيها وذلك اما باعتبار ان الظاهر من قوله فذلك رضى منه
يعني ان التصرف محكوم شرعا بكونه رضى وان نص على عدمه فيكون الرواية
لبيان الحكم الشرعي وحينئذ فيحكم بالجزئية في جميع الخيارات لمقتضى العلة ولا تتقيد
بالمورد كما هو ظاهر الاصحاب حيث يحكمون بان التصرف مسقط على الاطلاق
ولا يقتصر على خصوص التصرف من دون نسبة الى ما عداه من الاقوال والافعال
او باعتبار ان التعليل المعلل بالرضا فيها علة ناقصة لبيان الحكمة كونه فيهم
الاصحاب والحكم بعدي مخصوص عام للعلم بالرضا وعدمه او باعتبار حمل الرواية
على ان العلة حصول الدلالة على الرضا بنفس الفعل من دون نظر الى الملة لولا على
هذا فيحكم بالسراية في خصوص الافعال لا الاقوال لا شك ان المدار على

٧ من ح

[illegible]

مدلولها ولا عبرة بالدلالة من حيث هي ويرشد ظهور هذا الوجه من الروايات ان التصرف ورد فيها مورد التعليل وقد صرح الاصحاب بعدم العمل بمقتضاه هنالك فمدار التسرية في مطلق التصرف والتسرية في مطلق كل فعل على ما يفهم من الصحيح والا اقتصر فيما لا يقتضي بالرضا لوجود المعارض كحكم بخيار [او بمونتبعه] ومنه من وجب عليه التصرف شرعاً في وجه قوي على مورد الدليل كما في الحيوان والعيب وخيال تنقيح المناط فتحكم بالتسرية بعيد وقد يقال بعدم اعتبار تصرف الناسي مطلقاً ومثله الغافل والمدهوش والسكران والمغمى عليه والمجنون والمجبور والطفل والنائم لموافقة للقاعدة وعدم شمول الادلة في محلها لهاتيه الصحيحة وما ذكرنا ظهر لك ان تصرف المشتري بالمبيع قبل العلم بالعيب او الغبن وبعده قبل العلم بالحكم الخيار مقتضى القاعدة عدم اسقاط للخيار ويتطرق اليه خصوص الادلة وان حكمهم بكون التصرف فيه مسقط يشكل مدركه الا ان سيئته في جميع ذلك الى الصحيح وقد تقدم الكلام واما التصرف الممنوع عنه شرعاً فدعوى عدم اسقاطه للخيار لعدم دخوله تحت الادلة لانها انما تنصرف الى المحلل ممنوعة واما تصرف الاختبار فقد نص بعضهم على استثنائه لعدم انصراف الدليل اليه ونقل عن المحقق في الدروس وجامع المقاصد واقتصر في المسالك وشرح على احتمال الوجهين كالتحرير وقيده بعدم تجاوز الحاجة والحق المحقق الثاني تصرف الخيار التصرف لحفظ المبيع كالركوب لسقي الدابة وانت خبير بان التقييد بعدم تجاوز الحاجة لا يصح بناء على الكشف وعدم التعبد اذ لا كشف عن الالتزام بعد ان علم اختياره نعم بناء على التعبد له وجه واما التصرف الذي اذن احد المتعاقدين لصاحبه فيه فيما انتقل عنه او انتقل اليه تصرف الاخر سقط الخياران ان والخيار الاذن اما خيار المتصرف فظاهر واما الاذن فان كان البائع كان قوله تصرف في المبيع منزلة

ان المال لك والبيع لازم ثابت فافعل ما شئت وان قال له تصرف في الثمن كان بمنزلة
ما اذا قال له انا فسخت فتصرف في مالك وجبره على ذلك اقوى من الاذن الصريحي
واما سقوط خيار الآذن اذا لم يتصرف المأذون فهو المشهور كما في المسالك وصرح به
العلامة في القواعد واستشكله المحقق الثاني وجماعة مستندين الى عدم ظهور دلالة
الاذن على سقوط الخيار وعدم استلزام الرضا بالتصرف زوال الخيار لان غايته
قبل وقوعه ان يكون الاذن باقيا بيده وهو لا يقتضي الزوال بالفعل وفيه ان مقتضى الاذن
رفع المحرم قبل الاذن ولو مانعية الخيار فارتفع بالاذن كما هو ظاهر في عرف العرف
فلا معنى لانكار ظهور الاذن لم يوجد منه سوى الاذن فان لم يسقط الخيار به لم يسقط
بالتصرف ايضا لانه لم يسقط الذي هو فعل غيره وظاهر كلامهم يؤذن بالاعتراف بكونه المسقط
كما هو فرض المسئلة حيث اسندوا الاسقاط اليه واسنده والى دلالة الاذن عليه
فيسقط به مطلقا وان لم يتصرف المأذون فتأمل ثم الظاهر ان السقوط بالتصرف لا يعتبر
فيه نية الاسقاط به بل لا يفترق الحال بين قصد ذلك وعدم قصده لعموم الدليل كما
في الرجوع في باب الرجعة بل مع قصد عدمه كما استظهرناه من الصحيح فبناء على
ذلك لو تصرف فيما انتقل عنه بما لا يجوز لغير المالك من وطي الجارية ولمسها وتقبيلها
ونحو ذلك لم يكن فاعلا حراما بنفس الوطي وان تعمد الزنا بها او تقبيل حراما
بالجزء من الفعل ويحصل الفسخ بتمامه ولعل الاقوى الاول كما تقدمت الاشارة
اليه وهذا البحث بالنظر الى حكمه بالنسبة الى نفسه وما سبق الى ما يحكم به على غيره
ثم ان التصرف انما المسقط ما كان بعد العقد فلو استند التصرف الى عقد آخر
لم يسقط كان يكون قبضا لحيوان اشتراه ثم اشتراها بعد ذلك فان تصرفه
بعد ذلك بالبيع لا يصح خياره قال المص خيار الشرط لا بد للفقيه في هذا المقام

٧ وما ذكره بعض الحال فيما اذا كان الاذن المتصرف ح

٧ الثاني ح

مع قصد عدم الخيار

من تمهيد مقدمه

هي جملة بيان ان خيار الشرط على وفق القاعدة ام لا وتحقيق انه ان قلنا بثبوت صحة الخيار للمتعاقدين ولاحدهما مع رضا الاخر وان فسخ العقد لهما كما ان لهما ربطه من دون نظر الى الشرط وغيره وانه لا يرد على الاقالة كان خيار الشرط على وفق القاعدة لان الشرط قد تعلق بفعل من افعال المكلفين وهو مباح فيكون ملزما له وجائزا وان قلنا ليس الامر كذلك وان الخيار امر غير قابل له ولهذا سقط بالفعل اجماعا ولهما الغاء مع خلافه وانه لا يصح اجماعا من دون سبب يقتضيه فان قلنا ان الشرط يثبت الغايات كما يثبت الاسباب ويقوم مقام العقود والايقاعات الا ما اخرجه الدليل لشمول قولهم ع المؤمنون عند شروطهم لذلك ولما يظهر من استدلالهم ع على ثبوت الغايات ولما يظهر من الاصحاب من ان شرط تمليك العين او المنفعة او الابراء او سقوط الخيار ونحو ذلك على وفق القاعدة وقلنا انه ليس في شرط مثل هذه الغايات منافاة لمقتضى العقد الذي قام اجماع على المنع منه كان خيار الشرط على وفق القاعدة ايضا وما يقال بناء على ذلك ينبغي ان يجوز اشتراط الجواز في العقود اللازمة قلنا لنا ان نلتزمه الا ان يقوم اجماع على خلافه وان لم يكن كذلك كما هو الاقوى كان خيار الشرط على خلاف القاعدة وغير داخل تحت العمومات لانه شرط على الله وليس من فعلهما مع انه شرط قد خالف كتاب الله وحلل حراما للمنافاة لمقتضى العقد والعمومات مخصصة بغير ما خالف الكتاب والسنة ولا مجال لجريان اصل البراءة في اصل الخيار في العقد حتى يستدل على جواز اشتراطه بالعمومات لان العقد اللزوم فهو خلاف مقتضى العقد والجواب بان اللزوم من الاحكام اللاحقة به لا من مقتضيات ذات العقد

لا شرع

مقتضى ح

ممنوع ولو سلم فالفرق في المنع بين الامرين محل بحث كما سياتي على انه بناء
على ذلك ينبغي ان يصح اشتراط ان يكون العقد اللازم جائزا في نفسه
ولا تقولون به على انه بين عمومات الشروط وما دل على لزوم العقد عموم
من وجه وترجيح احد الدليلين يحتاج الى مرجح والترجيح بالاحاديث التي هي
الوارده في خيار الشرط والاجماع المنقول يخرج عن القاعده والا فقضيتهما
فيهما على المحل الخاص وقد يقال بانه لا تعارض بين دليل اللزوم وعمومات
الشروط فان اللزوم مقتضى العقد المطلق لا العقد المشروط فيه الخيار
والشرط جزء من العقد فيجب الوفاء به قلت لا ريب ان الدليل على اللزوم
غير منحصر بالايه الشريفه مع ان ظاهر الايه الامر بالوفاء بالعقد المطلق من
حيث هو اعم من ان يكون مشروطا او غير مشروط والمراد بالوفاء به العمل
بمقتضاه من حيث هو هو من دون ملاحظة شيء من شرط وغيره فيحصل التنافي
واستدلال بعض الاصحاب بالايه الشريفه في مقام الشروط في غير محله
كما انه لا نعم بها في العقود الجائزه فتم وبناء على هذا الوجه ينبغي الاقتصار في
الخيار على مورد الدليل الدال على ان نفس الاشتراط مثبتا لجواز الفسخ ولا
يحكم بالتعديه الا ان يقال لما ثبت في البيع الذي هو اصل العقود واحكمها
تنقيح مناطا في الباقي وعلى الوجهين الاولين لو شرط في عقد الخيار في عقد
وفسخ ابقا كان الشرط صحيحا ولازما بخلافه على الثالث واستثناء التحبيه
المذكوره في كلام اكثر الاصحاب وهي النكاح والوقف والعتق والطلاق
والابراء بناء على الوجه الاول ظ لعدم امكان التقايل فيها والخيار فلا يتعلق
الشرط به لان قاعدة الشرط كالنذر واليمين انما يتعلق بالممكن فلزمه

وهو مشكل جدا

لا نعم ممكن تصيره ممكنا فيكون استثناؤها ليس مخالفا للقاعدة بل على وفقها لعدم شمول قاعدة الجواز لها وعلى فلا بد من الدليل على العدم وعلى الثاني يكفي عدم الدليل فان قلت حين الشرط لم يكن العقد لازما حتى ان شرط الخيار فيه موقوف على جواز حكمه بعد اللزوم قلنا ذلك انما يتم ايضا لو كان العقد يقضي على وجهين الجواز واللزوم اما اذا كان لا يقضي الا على وجه اللزوم فاشتراط كونه جائزا اشتراط غير ممكن شرعا ايضا مخالفا لكتاب الله وقد حل حراما والامر مشكل فتأمل ثم انه على موافقة اشتراط الخيار للضابطة كما في الوادل فانما هو خيار المتعاقدين اما خيار الاجنبي فان جعلناه توكيلا امكن دخوله تحت الضابطة وحكم بتسريته في جميع العقود لانه كما ان للمتعاقدين الفسخ بانفسهما فلهما التوكيل في ذلك وان جعلناه تحكيما كان مخالفا للضابطة لانه ليس للاجنبي قبل الشرط الفسخ الا على سبيل التوكيل فيقتصر فيه على مورد الدليل كما في البيع لقيام الاجماع فيه كما سيأتي وان خلت روايات الباب عنه الا ان ظاهر الاصحاب انه تحكيم وانه موافق للقاعدة ولهذا صرح بجريانه في الاجارة في باب الاجارة جماعة من الاصحاب والظاهر ان اقتصار من اقتصر منهم فيها على ذكر اشتراط الخيار لهما وعدم ذكر الاجنبي اتكالا على البيع لا اشارة الى عدم جريانه في ذلك وهو مشكل نعم اذا جعلناه على وفق القاعدة كما في الوجه الثاني لم يختلف الحال في جوازه توكيلا كان او تحكيما اذا عرفت ذلك فلنعد الى ما ذكره الاصحاب في هذا المقام فنقول ظاهر الاكثر ثبوت هذا الخيار في كل مستحق سيتعقب الفسخ واستدلوا عليه بالاصل وعموم الكتاب والسنة وقد عرفت ما فيه ونص جماعة منهم على ثبوته في السلم مطلقا ولو في المسلم

را ولاحد هما

مط واخرون علي ثبوته في الصرف ولم نعهد الخلاف في الاول الا من العلامة في كره فنفاه في خيار المجلس ورجوعه في الشرط فاثبته فيه كما في التحرير ولو في الثاني الا من الشيخ في ط وف وابو المكارم والحلبي وادعوا عليه الاجماع

وعلل بان جماعات الخيار للقبض معتبر فيه لانه ان وقع بعد القبض نافي قاعدة اتصال الشرط بالمشروط فلا يجوز وان وقع قبله كان قبل تمام السبب للملك وشرط الخيار انما يكون بعد الملك ولو اريد به بعده كان من الشرط المجهول والتعليل عليل لامكان وقوعه بعد القبض فورا بحيث لا يخل بالاتصال عرفاً او وقوعه قبله وتمنع كون شرط الخيار لا يكون بعد تمام السبب المملك لصحة وقوعه مقترناً بالايجاب قبل القبول من البائع فورد واحدا الا ان يقال ان الشرط في ذلك بعده لم يتم لان قبوله في ضمن القبول بخلاف ما نحن فيه ومع ذلك فهو منقوض بالسلم والاجماع ثم فان ظاهر القدماء ثبوت الخيار وخلو كثير منهم عن المدعي وصورة الاجماع المنقول تنبئ عن اخذه من الاجماع على اشتراط القبض المنافي لثبوت الخيار باعتقاد الحاكي فينتفي برفع التنافي وقد اقدم على منع هذا الاجماع جماعة من الاصحاب حتى ادعى الشهيد في المسالك اطباق المتاخرين على منعه وقد يمنع بان من اعاظمهم المحقق ولم يصرح بشيء وكلام العلامة اختلف قوله في ذلك فاثبت الخيار في ظ المختلف ومنع الاجماع ونفاه في كره تارة واثبته اخرى على اشكال واستشكله في التحرير والقواعد والشهيد وقد حكي في الدروس الاجماع عن الشيخ ومنعه عن العلامة مقتصرا على النقل وظاهره التوقف فلا يصح الاطباق المدعي الا بتكلف ثم ان جماعة من الاصحاب نصوا على عدم اختصاص هذا الخيار بالبيع وانه يجري في سائر العقود

بجماعات ح

والاجماع

عدي النكاح والوقف ونفى بعضهم الخلاف في جريانه في خصوص اللازمة منها
كالاجارة والمزارعة والمساقاة والكفالة والحوالة ونحوها وقال وعدي الضمان
فان العلامة لا يمنع في احد قوليه والصلح فنفاه الشيخ في ط وفي مط والكركي
فيما يفيد الابراء تبعاً للتحرير والصيمري في الصلح عن المجهول والدعوى الغير
الثابتة بالاقرار والكل شاذ والاصالة صحة لعموم المقتضي انتهى ومراده
بالمقتضي عمومات الشروط وقد تقدم الكلام فيها بما لا مزيد عليه وكان
مستند العلامة والكركي والصيمري فيما استثنوه انها في معنى الايقاعات
فلا تقبل شرط الخيار وعليه منع ظ وقد نقل في المهذب الاجماع على جريانه
في الصلح بقول مطلق وهل يجري هذا الخيار في باب المعاطاة ولو بعد لزومها
اولا وجهان يحتمل العدم لانها من مقولة الفعل وهو من مقولة القول وهي غير مستقل بنفسه
فلا يمكن ربطه بالفعل ولو قارن العقد بقول دال على المعاطاة وجعله
مرتبطاً به لم ينفع لان المدار في ذلك على الفعل دون اللفظ اجنبي لا مدخلية
له ويحتمل الجريان فيها بالقوة ارتباطاً هذا القول بالفعل مع ان الشروط ليست
كسائر الشروط بل لها نوع استقلال لان العقد لا يقبل التعليق واما
العقود الجائزة فنقل عن الاكثر جريانه فيها وبه صرح الشيخ والقاضي والحلي في
الوكالة والجعالة والقراض والوديعة والعارية والظ عدم الفرق بينها
وبين غيرها من العقود الجائزة ويقتضيه اطلاق الغنية والشرايع والقواعد
والارشاد والدروس ومنعه العلامة في لف والتحرير والكركي والصيمري
والشهيد الثاني وعزي المنع في كره الى بعض العامة ونفي عنه الباس لعدم تاثير
الشرط في الجائز واورد عليه بان التاثير غير ملتزم في الشروط فانه ربما يوكد

ونحوها صح

العقد صح

في العقود صح

مقتضى العقد فان اريد به المؤثر هنا عاد النزاع لفظيا والحق عدم جريانه فيهما

لعدم دخولها تحت ادلة الشروط باعتبار ان جوازها اصلي فلا يقبل الشرط

فلا تاثير للشرط فيهما لا ينفعه فهو من عمومات البيع فان اراد المشترط لشرط

الخيار تاصل العقد كان موكدا وان اراد المستند الى الشرط وان

كان مجامعا للخيار اصل العقد كان شرطا فاسدا ويجيء الخلاف في فساد

المشروط بفساده والا فتم وقد علم بما ذكر حكم الشرط فيما اختلف في لزومه

وجوازه كالسبق والرماية وما نقص لزوما وجوازا كالهبة ويلزم من احد

الطرفين دون الاخر كالرهن واستشكل العلامة في التحرير في الاخير في جانب

اللزوم فيما لو كان الشرط من قبل الراهن بان الرهن وثيقة الدين والخيار

ينافي الاستيثاق ورد بمنع المنافاة فان الاستيثاق في المشروط بحسب

الشرط واما النكاح وما يتوقف من العقود فلا يدخلهما الخيار للاجماع كما في

الخلاف وط والسرائر وكنز الفوائد والمسالك وعلل بما فيه من العبادة

وابتنائه على الاحتياط التام وسبق الزوجية على العقد وتوقف رفعه

على رافع مخصوص فلا يرتفع بغيره ولعدم مشروعية التقايل فيه واما الثاني

فلاشتراط القربة فيه والعبادة مبنية على اللزوم لا التزلزل فانه لا معنى

لتوقف الصلوة والصوم على شرط مثلا ولان العبادة يكتب اجرها

حين ايقاعها فلا يحبط واستحقاق العوض بلا معوض لا وجه لمعنى ان شمول

الادلة للشرط بناء على كونه على وفق القاعدة لكن هذه الامور محل منه

مع كونه فك ملك لا الى العوض فلا يقبل الشرط كالعتق ولعدم مشروعية

التقايل فيه ايضا وقد نص على المنع فيه الشيخ والحلبيون الثلاثة والشهيدان

والكركي

لكن فيه صح

في ادوات صح

والكركي والصيمري وفي المسالك انه موضع وفاق والخلاف فيه ثابت كما في الدروس واما الايقاعات فقد صرح الاصحاب بالمنع في ثلاثة منها وهي الطلاق والعتق والابراء والظاهر عدم ارادة الحصر وتخصيصها بالذكر لغلبة الوقوع كما يرشد الى ذلك انه في السرائر احتج على منع جريانه في الطلاق بخروجه عن العقود ومقتضاه اطراد المنع في سائر الايقاعات لعموم التعليل والسر في ذلك ابتناء الايقاع غالبا على النفوذ بمجرد الصيغة والخيار ينافي ذلك ولان المفهوم من الشرط ما كان بين اثنين كما ينبه عليه جملة من الاخبار والايقاع انما يقوم بواحد وقد حكي في المبسوط الاجماع على المنع في الطلاق والعتق وفي المسالك الاجماع على المنع في العتق والابراء وفي السرائر نفي الخلاف في عدم جريانه في العتق والطلاق

قال المصنف وهو يجب الشرط اذا كان الاجل مضبوطا ولا يتقدر بمدة الثلاثة ايام عندنا خلافا للعامة بالاصل والكتاب والسنة والاجماع والضرورة الداعية الى الاشتراط واختلاف النفقة نعم يشترط تعيين المدة المشترطة بما لا يحتمل الاختلاف فلو ابطلت بما لا ينضبط كادراك الغلات وايناع الثمرات بطل الشرط بالاجماع واستدل عليه ايضا بالنهي عن الغرر وتطرق الجهالة الى العوضين بجهالة الشرط ولان العقود شرعت لقطع مواد الاختلاف والاناطة بالمختلف مثار الاختلاف وفيه ما سيأتي من ان الاقوى ان الشرط كالصلح يغتفر فيه من الجهالة ما يغتفر في الصلح نعم في خصوص المقام لقيام الاجماع لا نقول به مع احتمال الفرق بين المقامين

فتم ولو اطلق الخيار فهل يبطل الشرط قيل نعم لنحو ما ذكر وللاولوية

فان الاطلاق ادخل في الابهام لعدم ادلته الى العلم فيكون اولى بالمنع ولانه لو صح فاما ان يدوم الخيار وهو باطل بالاجماع او يرد الى معين وهو تخصيص من غير مخصص فتعين البطلان وهو احد قولي الشيخ وظ الديلمي وصريح العلامة والصيمري والشهيد الثاني وعزي القول به الى المرتضى والمعلوم من خلافه وربما لاح من ظ الوسيلة والسرائر والشرائع والنافع والجامع وظ المتن لتضمنها اعتبار التعيين في المدة ولدلالة فحواه على اشتراط المدة المعينة الان يكون ذلك تطريق الاولوية وهي محل منع فيما نحن فيه وقيل بل لو صح الشرط وينصرف الى ثلاثة ايام صح لما ذهب اليه المفيد والمرتضى والشيخ وابو الصلاح وابن زهرة ومال اليه في الدروس للاجماع كما في الانتصار والخلاف والجواهر والغنية والخبر المتقدم عن ابن الخيار ثلاثا قيل لا خلافه ولخلافه الخبر هو واخبار الفرقة المرسلة في الخلاف ولا يختص حتى مراسيل كتب الحديث وخلوها عنها لا يقدح فيها فانها لم توضع على الاستقصاء التام والا لما ذكرت فيما انفردت وتشهد له الصحيح الشرط في الحيوان ثلاثة ايام للمشتري اشترط او لم يشترط فانه يعطي بفحواه ان الشرط في غيره ثلاثة صح الشرط وليس المراد به اشتراط الثلاثة لا طراد الشرط في غيرها بل مطلقه لا اشتراط فثبت الثلاثة به كما هو المطلق والغرر منه فمع تحديد الشرع والجهالة مغتفرة لادلتها الى العلم والادلة ممنوعة لارتفاع الغرر واغتفار الجهل والتخصيص بالثلاثة اما لانصراف الاطلاق اليها عرفا لكونها اول مدة يتروى في مثله والشرع كاشف

اولتعيين الشرع والشرط سبب لمنافاة كالوصايا المبهم هذه غاية ما يؤيده
هذا القول وقد يقال بمنع الاجماع لقلة المصرح به من الاصحاب مع انه في
الكفاية ادعى اشهرية القول الاول مط وفي الرياض ادعى اشهرية بين
المتأخرين مع ان هذا الحكم لو كان ثابتاً لاشتهر اشتهاره في الوصايا المبهمة
وليس الامر كذلك والنبويتان ضعيفتا السند والدلالة لاحتمال بل ظاهرهما
من الاطلاق والصحيحة لاشتهاره فيها وخصوصيته اشتراط الثلاثة فيها لخصوصية
المقام واجماع الشيخ ومن اشبهه قد ادعاها ايضا في شرط الموامرة على
الاطلاق مع انه لم يقل بذلك احد سواه من الاصحاب وهذا مما يوهن دعواهما
في هذا المقام ولعل الاجماعات كالروايات منزلة على العرف السابق او على
قرائن الاحوال ثم انه على تقدير القول بذلك هل هو عام حتى لصورة
العلم بقصد عدم ذلك او مخصوص بما عداها لعل الاقوال الثاني اقتصارا
على المتيقن ويحتمل الدليل فيكون من الاسباب القهرية وهو بعيد وهل هو
خاص بالبيع اقتصارا فيما خالف الاصل على المتيقن او مطرد في غيره وجهان
ولو اشترط مدة مطلقة احتمل البناء على الخلاف لكونه بمنزلة اطلاق الخيار
وكبطلان مط للاصل ومنع التنزيل وهو الاشبه ثم انه لا فرق مع تعيين البداية
والنهاية في المدة بين المتصلة والمنفصلة كما نص عليه العلامة والشهيدان والصيمري
والكركي واقتضاه اطلاق المدة المتناولة للمتصل والمنفصل في كلام المشايخ
والقاضي والديلمي والحلبيين الثلاثة والاول يدعي بان الظ منها الاول عملا بالاصل
وعموم الكتاب والسنة وهذا بناء على ان شرط الخيار على دفع الاصل فقد وان
الشرط يثبت الغاية كالسبب والاول اثبات ذلك بالدليل الخاص المثبت لهذ

الاول العموم م

والحلبيين م

الخيار مشكل لانصرافه بحكم التبادر الى غيره الا ان نمسك بظاهر الاجماع في كره حيث قال
ولو شرط خيار العقد صح عندنا خلافا للشافعي او تنقيح المناط وهو مشكل ومن
هنا احتمل العلامة المنع في القواعد وان حكم بالجواز في غيرها وفي مواضع
اخر منها ومنع بعض العامة تحاشيا من انقلاب اللازم جائزا والانقلاب
الى الجواز جائز بل واقع كما في خيار التأخير والرؤية وغيرهما ومنع جواز الانفصال
جاز التقايل كما صرح به العلامة والشهيد الثاني وصاحب الكفاية وغيرهم
خصوصا اذا جعلنا هذا الخيار على خلاف القاعدة امكن منع التلازم شرطها
لاتحاد المدة وان تحت المتصلة والمنفصلة من الادلة اخص وكلام الاكثر د
يقتصر على المتيقن فيما خالف القاعدة ومن هنا احتمل الشهيد الاول الثاني
وقطع بالاول وهو بعيد وبناء على ذلك لو شرط الخيار شهرا يوما
ويوما لا لا يقتضي ذلك بل نصف فيدافعان والصحيح شهرا ولكن يحصر
في ضمن وجهين شهرين بناء على ان الشهر مفعول به والصحة خمسة عشر يوما
بناء على ان الشهر مفعول فيه وانه وان كان المتبادر من الشهر كونه تاما
لكن قوله يوما ويوما لا يكشف عن ان يكون به المراد نصف شهر ونسبه
مفسرا له وهذا هو الاقرب ولو اتى بلفظ في فقال وفي في الشهر كذلك
تعين ذلك ولو قصد الهلالي فالاشبه البطلان لجهالة الشرط اذ قد ينقص
الشهر فلا يحصل فيه احدهما واحتمل في التحرير الاول صحة اليوم الاول
خاصة وبطلان العقد وصحته بحسب الشرط واستقرب الاخر ولو اطلق المدة
فالاظهر انصرافه الى الاتصال كما في خيار الحيوان وفاقا للشرائع والجامع
في لف ذكره والتحرير وعد وشاد والتنقيح وغاية المرام وتلخيص الخلاف

بالعكس

احتمل البطلان للشيخ لان قوله لي الخيار شهرا مقتضى تمام الشهر وقوله يوما ويوما لا ع

وتعليق الارشاد والمسالك وخلافا للخلاف وط والغنية والسرائر فمن
حين التفرق وتوقف الشهيد في الدروس عن الحكم في الموضعين لما سبق بيان
والنقض النقض ويتأكد المختار هنا بلزوم بطلان الشرط لو كان من
حين التفرق للزوم الجهل به ولهذا ادعى النص على جواز اشتراط الانفصال
بالعقد كما عرف به الشيخ والحلي وادعى في كره صحة عندنا فسقط تحكم المذكور
الفاضل بالامتناع من تداخل الاسباب وتوارد العلل واجتماع المثلين
او المتنافيين لانقلب بالشرط الى الجواز ولو كان المبيع حيوانا فالازم من قبلهم
تاخر شرط المشتري عن الثلثة وهو بعيد من قصد المتشرع ط وفي
الصحيح عن المشتري يشتري الدابة او العبد ويشترط الى يوم او يومين
فيموت العبد او الدابة او يحدث فيه حدث على من ضمان ذلك فقال على
البايع حتى ينقضي الشرط ثلثة ايام فانه دال على ان خيار الشرط اعني
اليوم او اليومين داخل في خيار الحيوان اعني الثلثة ايام والاحتمال كون
واليومين اللذان هما خيار الشرط بعد خيار الحيوان ويشكل الحكم بالارتفاع
مع العلم وتساوي المدتين او قصور [بالخيار] الشرط والظاهر تاخر الخيار رجحا
عملا بشاهد الحال ولو زاد الشرط احتمل التاخر مطلقا والاتصال مطلقا
والتفصيل بمقتضى العرف فيتاخر في مثل الدرهم والجمعة ويتصل في نحو الشهر
والسنة ولا باس به اما مع العلم بالاختلاف والجهل فلا يبعد البطلان ولو
اطلق الخيار فالقول في الثلثة التي ينصرف اليها الاطلاق على القول
به كالمدة المشترطة قال المص ويجوز اشتراطه لاحدهما ولكل منهما
وللاجنبي عنهما او عن احدهما لا ريب ان شرط الخيار قد يكون

١٧ الرجل

للبائع او المشتري او لهما او لاجنبي متحدا او متعددا منفردا او مع البائع او المشتري
او معهما مع التوافق في المدة او التخالف او معهما مع سبق الاتصال او الانفصال
او متصل في البائع ومنفصل في المشتري وما عداه او متصل في المشتري ومنفصل
ومنفصل فيما عداه او لهما كذلك او للاجنبي مع احدهما او معهما كذلك والا
قسام كثيرة جدا وتتضاعف الاقسام فيما اذا قلنا بجواز اشتراط الخيار في بعض
المبيع كما هو مذهب البعض وان كان الاقوى خلافه لا بسبب من التبعيض كما في
الخيار الذي سببه الغرر او مطلقا وان الغرر لا يجري مثله لانتفائه فيه بسبب الاقدام
بل لوحدة العقد فيكون شرطا مخالفا لمقتضاه كما تقدم في خيار الحيوان نعم قد
ادعي الاجماع على جوازه بعض المتأخرين فان تم فهو الحجة ولكنه محل منع وفي اشتراط
الخيار للمبيع كما اذا كان عبدا وجهان الصحة والبطلان مبنيان على ان العبد يملك
مثل هذا الحق اولا والاقوى الصحة وان قلنا بالثاني ويرجع الخيار الى مولاه
وتتضاعف بهذا الاقسام ايضا وقول المصنف وللاجنبي عنهما او عن احدهما ويحتمل دخول
ذلك تحت قوله وللاجنبي عنهما ~~او عن احدهما ويحتمل~~ دخول ذلك تحت قوله وللاجنبي
عنهما ويريد بقوله او عن احدهما شرط المشتري الخيار للبائع او بالعكس فان
كلا منهما اجنبيا بالنسبة الى الاخر والاول اظهر وعلى كل حال فجواز جعل الخيار
لهما او لاحدهما او لثالث قد ادعي الاجماع عليه بعض المتأخرين ونفي الخلاف فيه
في الكفاية وفي الرياض نقل الاجماع على ذلك عن الخلاف والغنية ذلك وجواز
الاقسام مبني على كون الخيار على وفق القاعدة او كون الشرط متبعا للعادة او على
شمول الدليل لجميع ذلك وقد عرفت حقيقة الحال وانما كان فان الاجنبي ذو الخيار
فالامر اليه والمقدم الفاسخ ولو اجنبيا خلافا للطوسي فابطل اعتبار احدهما

(٩٨) [illegible]

ولهما او لاحدهما مع ثالث صح

والتذكرة والموجز
كرح الاجماع على صحة
جعل الخيار للاجنبي
وليس في الخلاف
الغنية

اذا

اذا كان الخيار شيئاً او امضاء الا ان يتفقا عليه وكان وجه فهم قيد الاجتماع من الاطلاق كما في الوصيين وهو ضعيف ومرف الخيار للمشتري اذا كان للاجنبي ولم يرض بالبيع وهو ضعيف كسابقه لان جعل راي الاجنبي نافذا في الرضا دون الفسخ تحكم وكون الاول موافقا لمقتضى العقد دون الثاني لا يصلح فارقا وايضا تخصيص المشتري بانصراف الخيار اليه دون البائع ليس له وجه يعتد به وفي الدروس باستقلال الاجنبي اذا انفرد واحتمله مع الاجتماع وينبغي القطع به كالاول لانه قد جعل له الخيار في الصورتين فلا فرق بينهما الا بناء على التوكيل فانه يكون عزلاً مع المخالفة واللحوق ولعله يؤيد ذلك الا ان الظاهر من الاصحاب انه تحكيم لا توكيل ويجب عليه اعتماد المصلحة في جميع الصور تحكيماً كان او توكيلاً لانه امين فلو بان الخلاف لم يمض الفسخ ويحتمل المضي بموافقة المصلحة واقعاً وان لم يتعمدها وهو غير بعيد ولو اختلفا فيه قدم قوله مع احتمال تحري الاصلح ويشترط تعيين الموضوع فلو اشترط الخيار لاحدهما من غير تعيين بطل الشرط كما في القواعد قال المص واشتراط المؤامرة في الاستيمار ما يجري في الخيار من انه قد يكون للبائع او المشتري او لهما او لاجنبي عنهما او عن احدهما من امي البائع او المشتري او معهما متصلاً او منفصلاً او متصلاً ومنفصلاً الى غير ذلك ومعناه جعل سلطنة الامر له والخيار للمعين لو له وحكمه انه يلزم العقد من جهة الشرط ويتوقف على امر المستأمر فان امر بالفسخ يكن له الا بامره خلافا للعلامة في التحرير حيث قال له الفسخ قبل الاستيمار وهو ضعيف لان الاصل لزوم العقد وهو لم يجعل الخيار لنفسه ابتداء وانما جعله مرتباً على الامر وجواز هذا الشرط مع تعيين المدة بالاصل والعموم والاجماع

وايضا صرف هذا الخيار عنه هو له الى الغير من غير وجه صحيح لا يعتد به فتدبر

يجري

خاف الفسخ ولا يتعين عليه لانتفاء المقتضي الا ان يشترط ذلك ايضا ولو اراد الفسخ

المنقول في جامع المقاصد وظاهر التذكرة ولا يشترط تعيين المؤامر باسمه بل بما يشخصه
ويدل عليه ولو قيل بجواز استيمار من كان خلف الجدار وان لم يعلم انه زيد او واحد
من الناس او من جماعة محصورين ونحو ذلك بناء على ان الشرط كما يصلح في الجهالة
لكان له وجه نعم يستثنى المبهم الذي لا وجود له وفي الحقيقة ترجع هذه المسئلة
بشقوقها الى ما دل على الوفاء بالشرط فلو شرط الاخذ بنهيه او بعكس امره او
باذنه او برضاه او بسكوته او بغير ذلك كان ماضيا كما في خيار الذي يقتضي ان فيه مخالفة
للقاعدة باعتبار رجوعه الى تعليق شرط الخيار فيقتصر فيه على المتيقن وفيه نظر
كما سيجي في مبحث الشروط وحال الاتصال والانفصال ووحدة المستامر وتعدده
وتراخي الاوامر فيشترط امر فلان وفلان لفلان وهكذا ثم يرجع الى المتعاقدين
ثم وجوب امتثال امره او عدم وجوبه على نحو ما شرط وكذلك يجري في الاستيمار
في سقوط الخيار على نحو التفاصيل المتقدمة وكذا الاستيمار في التمليكات الخارجية
والمسئلة كثيرة الشقوق تعلم بالمقايسة ثم ان الموجود في كلام المص وجمع من
الاصحاب لفظ المؤامرة والاستيمار وهما ماخوذان من الامر وهو اعم من الايجاب
فلا يختص بالايجاب كما قد يتخيل فاذا اوجب وندب كان امرا سواء قلنا
بان الامر مطلق الطلب او قلنا قول افعل لان العارض غير المعروض والاسم
اللفظ ليس منفقا مع المسمى في المعنى والتحقيق كما تقدم ان الحكم يتبع الشرط
فان شرط الايجاب او الندب او الاذن اتبع وان جعل له مع امره الخيار اتبع
والحاصل ان المدار على الشرط في الامر والمامور وكيفية الامر وفي الاسقاط
وفي تمليك خارجي وغير ذلك كما تقدم قال المص فان قال المستامر
فسخت او اجزت فذاك وان سكت فالاقرب اللزوم ولا يلزم الاختيار

وكذا من جعل له الخيار يمكن ان يقرء بالبناء للمجهول ويكون قوله فسخت او اجزت كناية عن الامر بالفسخ والاجازة وبالبناء للفاعل ويبقى قوله فسخت او اجزت على ظاهره والمراد بالسكوت اما الاعم من السكوت عن الاستيمار او عن الفسخ والاجازة بعده او الثاني فقط وهو الاظهر واياما كان فليس فيه مخالفة لما هو المشهور بين الاصحاب من ان المستامر بفتح الميم ليس له الفسخ ولا الالتزام وانما اليه الامر والرأي خاصة ودعوى ظهور العبارة في الوجه الاول لقرينة قوله ولا يلزم الاختيار وقوله وكذا من جعل له الخيار ممنوعة لان الذي ينبغي ان ينبه عليه عدم لزوم الاختيار على المستامر بالكسر بعد توجه الامر اليه كما نبه عليه الاصحاب اما المستامر بالفتح فلا وجه للزوم الاختيار عليه حتى ينبه عليه والظاهر ان المراد بالعبارة الثانية تشبيه المجعول له الخيار بالوا بالمجعول له ابتداء واما المستامر بالفتح فلاحظ له في الخيار بوجه حتى يناسب فيه التشبيه وقول المص والاقرب يشعر بان هناك وجها اخر قريب ولم اتحققه ثم ان المراد في كلام المص بالمستامر بالفتح او بالكسر على الموجهين ما كان ذو مرتبة واحدة والا فقد يتراخى الاستيمار فيكون في المرتبة الدنيا مستامرا فقط وفي العليا مستامرا بفتحها فقط وفي الاواسط مستامرا ومستامرا معا باختلاف الاعتبار وكل واحد من الاواسط ليس له الفسخ والاجازة ولا الامر بهما كما هو ظ ثم بناء على حمل كلام المص على ما يظهر من عبارته بحسب دعوى الشارح وان خالف ظ الاصحاب يكون الفرق عنده بين المستامر والمشروط له الخيار اذا كان اجنبيا ان الاول ليس له الامر شيء الا بعد الاستيمار بخلاف الثاني فان له الامضاء والفسخ بادء بدء

كناية عن الامر بالفسخ والاجازة وبالبناء للفاعل ويبقى قوله فسخت او اجزت على ظاهره ع

سطه

ويشترط في المتأمر اعتماد المصلحي لانه امين قال المص ويجب اشتراط مدة معلومة

الموامرة كما في التحرير والتذكرة والمختلف وتعليق الارشاد والمسالك والمسالك

والشرح للزوم الجهالة مع الاطلاق وللنهي عن الغرر وتطرق الجهالة الى العوضين

لجهالة الشرط ولان العقود شرعت لقطع مواد الاختلاف والاناطة بالمجهول

منار الاختلاف وربما قضى به الاجماع المنقول على لزوم تعيين مدة الخيار و

ظاهرهم عدم الفرق في المنع بين الاناطة بمدة مجهولة وبين الاطلاق وخلافا للشيخ

في الثاني حيث جعله كاشتراط الخيار مع الاطلاق مقدرا بثلاثة ايام مدعيا

فيه النص والاجماع وهما ممنوعان ثم ان المص لم يعترض لجواز اشتراط البايع

رد المبيع من المشتري حيث يرد عليه الثمن في مدة معينة وقد ذكره جماعة من

الاصحاب بعد ذكرهم شرط الموامرة ونقل عليه الاجماع في الخلاف والغنية و

جواهر القاضي وجامع المقاصد والمسالك وظاهر التذكرة وشرح الارشاد للفخر

ويدل عليه الاصل وعموم الكتاب والسنة على القول بمنع وعمة اصل الخيار والاد

ودليله الخاص فانه قسم منه وخصوص الاخبار المعتبرة في الباب منها

الصحيح بمن اشترط عليه ذلك ارى انه لك ان لم يفعل وان جاء بالمال للوقت

فرد عليه ومنها الموثق رجل مسلم احتاج الى بيع داره فمشى الى اخيه فقال له

ابيعك داري هذه على ان تشرط لي ان انا جئتك بثمنها الى سنة ان ترد علي

قال لا باس بهذا ان جاء بثمنها الى سنة ردها عليه ومنها رواية ابي الجارود

عن ابي جعفر قال ان بعت رجلا على شرط فان اتاك بمالك والا فالبيع لك

وظاهر هذه الروايات كما قد اطلقها السابقة وجوب رد الثمن وان لم يفسخ

البايع وهو خلاف ما صرح به اكثر الاصحاب ولعل ظاهر الروايات والاجماعات من لزوم

على الغالب من تعقيب ردّ الثمن بالفسخ كأن يقول له هذه دراهمك فقد فسخت
ونحو ذلك او على شرط الانفساخ برد الثمن بناءً على ان الشرط اثبت الغايات
وفي الرياض ابقاها على ظاهرها بدعوى ان العادة قاضية بكون مثل هذا
الرد فسخا للمعاملة فتكون دلالته بقرينة ويكفي في السقوط الفعل الظاهر في
الاسقاط كما تقدم وفيه بعد تسليم دلالته على ذلك ان الخيار المشروط انما
هو بعد رد الثمن فكيف يحصل الفسخ بنفس الرد السابق عليه ثم انه لا فرق
الحال في الاحتياج الى الفسخ بين قول المشهور وقول الشيخ وان افترقا في
وجه الاحتياج اليه فانه في الاول لعود الملك وفي الثاني لاستقراره ثم انه لا
فرق في هذا الشرط بين ان يكون من البايع على المشتري او من المشتري عليه والظ
انه لا فرق بين ردّ عينه او مثله او قيمته ولا يحمل اطلاقه على العين ولو شرط
رد العين احتمل البطلان لمنافاته لمقتضى العقد والصحة للعموم وهو الاقرب و
لو شرط رد بعض المبيع ببعض الثمن ففيه الوجهان السابقان في اشتراط الخيار
في بعض المبيع ولو جاء ببعض الثمن لم يجب القبول ولو كانت المدة ظرفا للاداء
والاسترجاع كان له الفسخ بالثمن في اثنائها ويجب على المشتري قبضه ولو جعلها
غاية لم يجب قبضه الا بعد مضيها ولو شرط المشتري ارتجاع الثمن اذا رد المبيع
صح ويكون الفسخ مشروطا بعينه ولا يتعدى الى مثله او قيمته الا مع الشرط بخلاف
الثمن والفارق العرف ولو شرطا الارتجاعين واتحد الوقت صحا قطعا وان تغاير
الوقت احتمل صحتهما فالسابق يرتجع فان ترك ارتجع الاخر هكذا في الدروس ولا
يتوقف الفسخ في الخيار مطلقا على حضور الخصم ولا على الحاكم مع تعذره وعدمه لانه
ايقاع لا عقد خلافا لابن الجنيد نعم في خصوص هذا المقام قد يظهر من الروايات ذلك ولعل

متى جاء

حضور

انه باعتبار اشتراطه رد الثمن عليه لا باعتبار اشتراط كون الفسخ بحضوره فلو اشترط
رد الثمن على غيره او عليه وقد دفعه اليه وفسخ بعد ذلك من دون حضوره
كفى تذييل يسقط هذا الخيار باقتضاء الشرط والامضاء من المشروط
له بالاجماع وسقوط الحقوق بالاسقاط ولان المدار في سقوط الخيار على الرضا
بالبيع كما يستفاد من النصوص على احد الوجهين والايجاب صريح فيه والمعتبرة
المستفيضة منها الصحيح فيمن ابتاع ثوبا بشرط فيعطى به ربحا ان رغب
في الربح فليوجب على نفسه الثوب ولا يجعل على نفسه ان يرد الثوب على صاحبه
ان رد عليه نعم في الملحق على ارتجاع الثمن ونحوه قبل حصوله فذيق انه من الاسقاط
قبل الثبوت وهو ضعيف ويسقط خيار المشتري بتصرفه بالمبيع بالاجماع كما في
الخلاف والغنية وكنز الفوائد وجامع المقاصد والعلة المنصوصة في الحيوان على
الوجه الظاهر من الرواية والاولوية فانه متى سقط به الخيار الاصلي فالمشترط اولى
بان يسقط به ولنقل الشيخ والقاضي ورود الاخبار من طريق الاصحاب بسقوط
خيار المشتري بالتصرف محتجين بها في الشرط وكفى بها ما قليل والحكم
به في كلامهم والاجماع فيه محصل وقد نص عليه الشيخان والحلبيان والفاضلان
والشهيدان والقاضي والديلمي والحلي والسيوري والصيمري والكركي وغيرهم
وتوقف فيه في مجمع البرهان واستضعفه لعدم الظفر بالدليل وبما قررناه
واتضح السبيل وكما يسقط خيار المشتري بالتصرف بالمبيع فكذا خيار البائع
بالتصرف بالثمن كما صرح به جماعة وعلم من رأي الباقين للاجماع المنقول
في الحاشية العلية ولظاهر الرواية وتعليل كثير من الاصحاب بعلتها والماطة للتنبير
من الاحكام بها ولما يلوح منهم من عدم الفرق بين الثمن والمثمن وان كان الفرض غالبا

في المتن وللمناط المنقح على الظ وما يظهر من صحيحة سعيد بن يسار وموثقة ابن عمار
ورواية ابن ميسرة وابن الجارود من التصرف البايع بالثمن مع شرط الخيار له
عند ارتجاع الثمن غير مسقط لخياره لحكمهم ع بالخيار مع ترك الاستفصال
مع ان من البعيد البعيد عدم التصرف في جميع تلك المدة بل الظ انه ما باع الا للتصرف
وسيرة الناس اليوم على ذلك فان دخول الشرط معلوم ضمنا في محاوراتهم
ومثل هذا الشرط يلزم كغيره من الشروط والضمنية لا تضر كما عرفت ولكن
هذا مبني على عدم كون التصرف مسقطا تعبدا وانه يقع السقوط به فهو ان
والا كان شرطا مخالفا للسنة اللهم الا على تقدير القول باثبات الشروط للغايات
الا ما دل الدليل على عدمه ولا دليل في المقام او على انه لما كان الخيار معلقا على
ارتجاع مال المشتري وارتجاع الثمن او مثله بعد ارتجاعا لماله عرفا فيحكم
بتحقق الخيار فكان الثمن على هذا هو الاعم من الثمن ومثله ولم يقع التصرف
فيه وانما تصرف بغيره فتامل او على الفرق بين التصرف في زمان الخيار و
قبله وما اشتملت عليه الروايات من التصرف قبله لان الخيار لا يثبت الا
بعد ارتجاع الثمن والتصرف قبله وربما يؤيد ذلك تقييد كثير منهم في
مدة الخيار او بحكم بخصوص ما اشتملت عليه الروايات للتصرف وارتجاع الظ
على العمل بظاهرها والسيرة المستمرة على ذلك ويبقى الباقي من
شرط ارتجاع المبيع ونحوه على وفق القاعدة وقد حمل هذه الروايات
بعض المتأخرين على ما اذا علم من ذلك التصرف عدم الرضا بالانفساخ
كما هو المعلوم اليوم من سيرة الناس في بيع الشرط لان الاصل في التصرف
الدلالة على الرضا الا ان نعلم الخلاف وقد علم في هذا المقام وهذا

وهذا كله فيما لو كان
مبنيا على احد الوجوه في التصرف وقد تقدم الكلام في ذلك
الخيار لاحد المتعاقدين والمتصرف ذو الخيار ولو كان الخيار لاجنبي فتصرف
من كان الخيار عنه لا يسقط خيار الاجنبي لانه ليس له الالتزام والفسخ بل الامر الى
الاجنبي الا اذا قلنا بانه توكيل فانه يكون تصرفه التزاما فيما انتقل اليه وفسخا
فيما انتقل منه ولو تصرف الاجنبي فان لم يكن وكيلا على التصرف فلا عبرة بتصرفه
قطعا وان كان وكيلا او فضوليا ولحقه الاجازة ففي كونه تصرفه التزاما نظر
لدلالته على الرضا ولعدم شمول ادلة كون التصرف مسقطا للخيار لمثل
مثل ذلك تصرف المالك باذن الاجنبي ذي الخيار او وكيل للمالك
باذنه وقد تقدم البحث في ذلك وهذا كله في تصرف المشتري بالمبيع والبايع
بالثمن ولو تصرفا فيما انتقل عنهما فهو فسخ منهما لتصريح الاصحاب بان كل
تصرف يمضي به البيع من احدهما فهو فسخ من الآخر على تقدير حصوله منه وذلك
كما اذا تصرف المشتري بالمبيع فان تصرفه امضاء ولو تصرف الآخر اعني البايع
في المبيع كان تصرفه فسخا ولان الفسخ كما يحصل بالقول يحصل بالفعل و
التصرف كما يدل على الامضا يدل على الفسخ بل دلالته على الفسخ اقوى فيكون
اولى بالاعتبار ولان هذا التصرف لو لم يكن فسخا لكان ممنوعا منه شرعا
في كثير من المقامات لمصادفته ملك الغير على المشهور من الانتقال بنفس العقد
والاصل في تصرفات المسلم وقوعها على الوجه السائغ الصحيح فيكون
فسخا ولو كان الخيار لهما فتصرف احدهما فان كان فيما انتقل عنه بطل
الخيارات والا اختص بالبطلان قال المصنف الرابع خيار التاخير
وهو كخيار التقديم بالنسبة الى بيع المغوط او المربوط او المجزوز مثلا قبل
البلوغ

البلوغ نماء لزوم المبادرة قبل الاستواء من قبل البايع من جهة ارضه او مانه ونحوها

وتخصيص هذا الخيار بالبيع بلا خلاف للاصل واختصاص الادلة به وبالبايع

فلا يثبت للمشتري كما نص عليه المفيد والمرتضى حاكيا عليه الاجماع وهو قضية كلام

الباقين حيث تعرضوا لخيار البايع فحكموا به ولم يتعرضوا لخيار المشتري فالاجماع محصل

فضلا عن ان يكون منقولا على الظ وهو مقتضى الاصل لان الاصل عدم الخيار

من جهة المعلوم وبقي الباقي وربما استفيد من النصوص من تخصيص الحكم بالمنصوص

ولا بد من تحقيق عميق في بيان هذا الاصل فنقول ان القيود الزمانية او المكانية او لو

وهكذا ان استفيدت من اطلاق العقد كالتعجيل ومكان العقد للتسليم والاجل

المضروب للسلم فلا خيار اما باعتبار انها احكام شرعية مترتبة على ما يقتضيه العقد

من النقل والانتقال وليست هي بمقتضى العقد او باعتبار انها شرائط ضمنية

والمدار على الشرط الصريح ولا عبرة بالضمني فلا يجري فيها خيار الاشتراط او باعتبار

ان الشرط المثبت للخيار ما يكون مشروطه ليس من لوازم العقد وللشرط تاثير

فيه وما هنا ليس كذلك لانها احكام لازمة بدون الشرط فلا تؤثر وان صرح

بها او ان العقد وان اقتضاها لكن لا على جهة الشرطية في العقد وانه مشروط

بذلك اذ ليس كلما يقتضيه العقد يقتضيه على جهة الشرطية وهو الوجه والاوجه

السابقة كلها مدخولة وربما يندفع من هنا ما يورد انه ما الفرق بين اقتضاء

العقد كصحة حيث اوجب خيار فواتها وبين اقتضائه الحلول وهذه الاشياء

فلا يوجب فواتها الخيار وكون الفارق النص خلاف الظ من كلماتهم ويمكن الجواب

ايضا بان اقتضاء العقد الصحة صيرها بمنزلة جزء المبيع بخلاف هذه الاشياء

فانها امور خارجة وفي المقام بحث لان الزمان له قسط من الثمن وكذا المكان مثلا

صفحة

فاذا اختل ذهب بعض العوض وكان الضعف تبعضت وحديث الضرر
الضرار مقتضى لذلك فيجري بالنسبة الى المشتري وسائر العقود ويكون
اشتراط في الثلاثة في الخيار على خلاف الاصل اذ ينبغي ثبوته بمجرد التأخير
والاقوى ثبوت هذا الخيار في غير المنصوص للقاعدة فضلا عن الدليل لعدم
دخول الزمان والمكان في العوضين فلا يكون من باب التبعيض والضرر
الضرار يدفعهما ايضا القدرة على المقاصة ولا يتعين الخيار ولا ينافي ذلك
ان المقاصة انما تشرع مع الامتناع فقط على ان حديث الضرر لا نقول به
على عمومه ولا تثبت خيارات لا تعد ولا تحصى بل المدار على الضرر الخاص الذي
يكشف عنه الشارع كما هو المعلوم من طريقة الاصحاب فبناء على ما ذكرنا لا
يتجاوز البيع الى ما عداه من العقود والايقاعات ولا البائع الى غيره وكل
مورد شك في دخوله تحت النصوص والاجماع ينفى بالاصل واستشعر
في الدروس ثبوت هذا الخيار للمشتري من الاصحاب من عدم حكمهم على اجباره
على النقد ووجهه احتباس المبيع كما هو المفروض والرضا بالتأخير كما هو
الظ نعم يحتمل ذلك لو انعكس فاخر البائع تسليم المبيع دفعا للضرر الحاصل
والا شبه العدم اقتصارا فيما خالف الاصل على مورد النص والاجماع
ثم ان ثبوت هذا الخيار للبائع بعد الثلاثة بالشروط الاتية هو المشهور بين
الاصحاب شهرة محصلة ومنقولة بل الاجماع فيه محصل فضلا عن ان يكون
منقولا عن الانتصار والخلاف والجواهر والغنية والتذكرة والمسالك
والمفاتيح وظ المهذب البارع والتنقيح وايضاح النافع والاصل بمعنى
استصحاب بقاء الملك قاض به وما لحق من ان استصحاب الجنس لا يجوز

لا ينهض

لانه يذهب بذهاب الفصل مرد ود بانه من الامور الخارجيه كبياض زيد
وسواده ونحوهما من الاعراض فانه لا يقدح في الاستصحاب زواله والمعتبرة
الداله عليه منها الصحيح في الفقيه ان جاء فيما بينه وبين ثلاثة ايام والا فلا
بيع له وروى مثله في الكافي في الصحيح او الحسن وفي التهذيب مثلهما
بسند فيه علي بن حديد ومثلها موثقه اسحق بن عمار من اشترى بيعا فمضى
ثلاثة ايام ولم يجئ فلا بيع له وخبر عبد الرحمن بن الحجاج في قصة المحمل والمراد
نفي لزوم البيع لكونه في معرض البطلان بخيار البايع لا انتفاء الصحه اذ المفهوم
من نفيه للمشتري ثبوته للاخر والصحه لا تقبل التبعيض ولفهم اللزوم
بقرينة المقابله لان معنى قوله ان جاء فيما بينه وبين ثلاثة ايام ان البيع لازم
وقد قابله بقوله ثم والا فلا بيع له فيكون معناه انه لا يلزم مع ان الاطلاق
انما ينصرف اليه لشيوعه في وصف اللزوم مع انه قيد زائد فيتوجه النفي
اليه كذا قيل وفيه ان اللزوم ليس قيدا مصرحا حتى يتوجه اليه النفي و
ينفي اصل الملك وايضا ان النفي انما ورد مورد توهم لزوم المعامله لان
الناس مما يتوهم الحصر على البايع بعد العقد فالمراد نفيه مع انه قد ورد في
الفرق انه يحب البيع ومعناه تثبت والحق ثبوته فالمراد ثبوت
لزومه وورد في اشتراط ارتجاع المبيع قول البايع والا فالبيع لك مع
ان في لفظ لك اشعار على ما قيل وفي صحيحة ابن يسار اري انه لك
ان لم تفعل وظاهر ان المراد من ذلك فيها انقضاء الخيار وعدمه ووقع
التعبير بمثل ما نحن فيه في خيار ما يفسد ليومه مع اطباقهم عليه وفي كثير من
الاخبار المبيع يصير للمشتري بعد انقضاء الخيار مع انه يصير بمجرد العقد ملكه

فالمراد اذاً على سبيل اللزوم مع ان نفي الحقيقة اعني الصحة غير ممكن لان المعاملة تامة
بلا اثم ويتحقق بنفي اللزوم ولا اقل من الشك فيرجع فيه الى الاصل مع ظهور
كون العلة فيه دفع الضرر والارفاق بالبائع وهو انما يندفع بالخيار واما
البطلان فربما كان اضر على البائع من التزام البيع فلا يحصل به الارفاق
في كثير مما ذكرت اذ اللفظ اذا تعذر حمله على الحقيقة يحمل على اقرب المجازات
واقربها هنا الصحة غير ان فهم الفقهاء للخيار من الروايات عليه المدار فانهم
مواقع الالفاظ ولهذا احتجوا بها على ثبوت الخيار وفي المهذب نسبة
تنزيلها على نفي اللزوم الى الاصحاب والمنسوب اليه الخلاف في المسئلة ابن الجنيد
حيث قال البيع من دون فيذله والصدوق حيث عبر بالنص كشيخ في ط
حيث نسبة بطلان البيع الى رواية اصحابنا وفي صاحب الكفاية ونفى
عنه البعد الاردبيلي وجزم به صاحب الحدائق وانت خبير بان فتوى ابن
الجنيد غير محكمة وحملها على الصحة ممكن كالروايات كما يشهد بها وردها في
مقام الخيار والصدوق روى ذلك رواية والفتوى غير الرواية واقصى ما في
ط نسبة ذلك الى رواية الاصحاب والرواية غير الفتوى مع موافقة المشهور
في ف واحتجاجه باجماع الفرقة واخبارهم فاحتمال البطلان باطل بالاصل و
الروايات المستفيضة المشتملة الموجودة في الجوامع العظام والمرسلة في
الخلاف والغنية وعقد المبطل والاجماع المتكرر المنقول على الخيار المستحق
وتطابق الفتوى عليه من جماهير الاصحاب مع شذوذ المخالف بل انتفاءه كما
عرفت نعم في الصحيح عن الرجل يبيع المبيع ولا يقبضه صاحبه ولا يقبض الثمن
قال فان الاجل بينهما ثلاثة ايام فان قبض بيعه والا فلا بيع بينهما ولا بابي

الحمل على اللزوم فان ثبوت الخيار لاحدهما ينفي اللزوم بينهما قال
المص عن ثلاثة ايام لا فرق في هذه المدة بين الجارية وغيرها وفاقا
للعلامة والشهيد وظ الاكثر ونسبه بعض الى ظ الاصحاب لعموم النصوص
وخلافا للصدوق ره حيث قدر المدة فيها بشهر في صريح الفقيه وفي
المقنع على ما نقله العلامة عنه في المختلف ولم نجد فيه للرواية فيمن
اشترى جارية وقال احفظ بالثمن ان جئتك بما بينه وبين شهر والا فلا بيع
له ورواها الشيخ في يب ولم يعقبها بشيء وفي الاستبصار واحتمل حملها
على استحباب الصبر وتخصيص العمومات بها كما خصت بغيرها وردها
في الدروس بالندرة واجاب في المختلف بمنع صحة السند وكونه لا بأس به اذ
ليس فيه من يشتبه امره سوى ابن اسحق وهو مشترك بين جماعة والمشهور هو
ابراهيم بن هاشم ولنا عده كطبقه ايضا فهو اما صحيح او حسن كالصحيح
والدلالة ظاهرة واصل اللزوم مؤيد وذلك لانه كان ثابتا في الثلاثة
كما تستصحب ولكن شذوذ الرواية وغرابة اختصاص الامة بهذا الحكم مع
لزوم الضرر على البائع بطول المدة يمنع من الاخذ بظاهرها فالعمل على
المشهور وحملها على بيان منتهى الصبر طريق الجمع وذلك بان يكون للصبر
نهايتان وجوب وجواز اما الوجوب فالثلاثة واما الجواز فهي الثلاثون
فيصير منتهى الصبر في كل مبيع ثلاثين فيما يمكن بقاؤه ثلاثين فما فوق والفرق
بينه وبين حمل الشيخ ان الشيخ قد خصه بالامة وجعلناه في كل مبيع والجارية
مثال فان جعلنا التراخي في هذا الخيار على وفق القاعدة فلا كلام والا
المثبت لم الدليل ومبدأ المدة هنا من حين العقد فلو جعلنا الاجازة

نافلة في الفصول كانت البدنة من حين الايجاب ولا من حين الملك كما ذهب اليه بعضهم بل من
حين التفرق كما يظهر من كلام الشيخين والسيدين والقاضي والديلمي والحلي والعلامة في
المختلف والتحرير لدلالة الاخبار وفتوى الاصحاب على ان تمام السبع في تمام المدة ولو كانت
من حين العقد او الملك لاشتملت على خيار المجلس فينبغي اللزوم في المجموع بل الجميع في بعض
الصور كما اذا استمر المجلس ثلاثة ايام وايضا فالمتبادر من النصوص من قوله عم ان جاء فيما بينه
وبين ثلاثة ايام مجيئه من وقت المفارقة اذ لا يعقل المجي وقت الاجتماع الا اذا اريد به مجرد دفع
الثمن وهو خلاف الظاهر ويتفاوت الوجهان اذا اشترط في العقد سقوط الخيار فيكون
المدة من العقد على الاول لانتفاء المانع ومن التفرق على الثاني لعموم المقتضي قال
المصنف فيمن باع ولا قبض ولا اقبض ولا شرط التاخير اشتمل كلام المصنف
على ذكر شرطين لهذا الخيار الاول عدم القبض والاقباض ولا كلام في شرطيتهما خلافا
للشيخ ره حيث جوز فسخ المبيع في كل موضع يتعذر فيه قبض الثمن سواء قبض المشتري
المبيع او لا مستندا الى حديث الضرر وفي الدروس انه لا يخ من قوة ويرده بعد الاصل
صحيحة ابن يقطين فان قبض بيعه والا فلا بيع بينهما يعني بعد الثلاث مع ان في فرض
الفقهاء هذه المسئلة واشتراطهم عدم قبض شيء من الثمن والمثمن دلالة عليه فلو ادعي الاجماع
المحصل لم يكن بعيدا وقد صرح بهذا التقييد في الخلاف والانتصار والغنية والتذكرة
ونقلوا عليه الاجماع فتدل بشمول الاجماعات المنقولة له ايضا الحق التقييد وقد يري ان في
اخبار الحجر ما يدل على ذلك كما دل على ان الميت اذا لم يخلف شيئا يفي بالغرما كان صاحب
العين المبيعة كغيره يعني لا فسخ له وحديث الضرر يدفعه مفاصدا ان تمكن من اخذ العين
والا فلا يندفع بالفسخ ولا يصلح معارضا لما ذكرنا ما يوجد في بعض الروايات من دوران
مدار عدم قبض الثمن كصحيحة زرارة حيث اشتملت في السؤال على قوله ثم تدعه عنده

الظاهر في الاقباض للمبيع واما اطلاق الاخبار الاخر فيشمل صورتي الاقباض و
عدمه ان قلنا ان القبض في المتاع هو الاخذ باليد وان قلنا انه النقل لم يكن للاطلاق
ظهور في ذلك ولعل استنادهم اليها مع اشتراطهم عدم اقباض المبيع مبني على كون القبض
عندهم في نحو المتاع هو النقل لا مجرد القبض باليد لكان خبر عقبة واجماع الغنية
كما سيأتي فبناء على ذلك لو وجدا او احدهما فلا خيار وان ابقاه عند صاحبه
وكذا لو كان قبض فبان مستحقاً كلا او بعضاً اذ لا عبرة بالفاسد وقبض المعيب صحيح
فيسقط به خيار البائع واجازة القبض من المبدء فلو اجاز القبض لزم خلافا
للتذكرة لعدم الاقباض وهو ضعيف وبناء على ان الاجازة كاشفة
لا يجوز له الفسخ بعد المدة فيما اذا تقدم القبض عليها وتأخرت الاجازة
عنها نعم على النقل يجوز ذلك ويكفي في الثمن مطلقا القبض بخلاف المبيع
فيشترط فيه اذن البائع كما صرح به جماعة ولوح اليه اخرون لظ القبض
ولان قبض الثمن من فعل البائع كاقباض المبيع فيسقط حقه بهما وقبض
المشتري ليس فعلا له ولا يسقط حقه بفعل غيره والظ ان المدار على صدق
اسم القبض والاقباض عرفا وعدمه وهو يختلف بحسب المقامات كما سيجيء في
باب الاسنه مع بذل المشتري الثمن والامتناع من البائع الظ سقوط
الخيار لان المتيقن منه عدمه والظ النص وكلام الاصحاب ويؤيده الاعتبار
واما مع تمكين البائع للمشتري فحكم العلامة في التحرير بالسقوط ولم يره
لغيره وهو مبني اما على ان التخلية فقط او فيما يكون قبضه كذلك والافلا
البقاء وانا اسقطنا الضمان به لمنع عموم بدلية التمكين عن القبض وعنه
المنع بقاء حق الحبس فللبائع المنع من اقباض المثمن حتى يقبض الثمن

كالقبض

وللمشتري المنع من دفع الثمن حتى يقبضه البائع المثمن والقبض لما في قبض وان لم ينوي والقبض اعم من ان يكون بنفسه او بوكيله او بوليه والاتلاف من احدهما لما في يد صاحبه اقوى من القبض والقبض للمعين لا يعتبر فيه النية من القابض ولو يقدح فيه نية الخلاف والكلي لا تعتبر فيه نيته مسايهم على الاقوى وهل تقدح نية الخلاف كان يقبض على انه عارية او وديعة او رهن ونحوها وجهان ويأتي تمام الكلام في باب القبض والتأخير منهما او من احدهما اعم من ان يكون عن عمد او سهو دون الاجبار الشرط الثاني الحلول فلو شرطا التأجيل او احدهما سقط الخيار اجماعا وان قصر الشرط عن المدة عملا بالاصل السالم عن معارضة النص والاجماع ولان الواجب حينئذ شرط مراعاة الاجل طال او قصر فلا يتقدر بالثلاثة وان ثبتها بعد الحلول خروج عن ظاهر الفتوي والدليل فالتأخير بعد الاجل لا عبرة به وفي فوت الاجل لا اعتبار به ولو شرط التأجيل في البعض فاحتمل الباقي فالاقرب السقوط وفاقا للتذكرة والقواعد والايضاح وكثير الفوائد لتغير الصورة الظاهرة في حلول الجميع ولانه في الرواية ولا قبض الثمن وهو يرشد الى كون الثمن حالا لان المتبادر انه عدم ملكه ولسقوطه في المؤجل بالشرط فيسقط في الكل لئلا يلزم التبعيض في الخيار ويلزم منه تبعض الصفقة نعم قد يقال بعدم السقوط في تأجيل البعض فيما اذا تعدد البائع او المشتري او الثمن واخر ما يتعلق باحدهما دون الاخر وان اتحد العقد فانه قال المصنف وقبض البعض كلا قبض الغرض انه لو انتفى القبض منهما او لو بقاء البعض فالخيار باق في الكل كما في المهذب والتذكرة وغاية المرام وشرح الصاد وعرضا للاجماع

المحصل فضلا عن المنقول ومحل الخلاف وان لم يكن على قول الامام والاناطة الاسماء
بتمام المسميات واحتمال التعيين مع انه لا تأثير به يرده ضرر التعيين وعدم
شمول الدليل وهل بعد بقاء شرطين كبقاء شرطين وجهان والاصح
الثاني وذكر جماعة من الاصحاب شرطا ثالثا وهو الخلو عن خيار البائع
كما نص عليه العلامة في التحرير والحلي في خصوص الشرط لان الخيار وضع وشرع
لدفع ضرر التأخير وقد اندفع بغيره ولدلالة النصوص وفتوى الاصحاب
على سبق اللزوم ثلثا فينتفي فيها الخيار مطلقا خيار شرط وغيره وليس مراد نفي
الخيار المخصص لان المناسب بالتأخير اصل الخيار والحكم لا يتقيد بالسبب
وقيل ان مبدء ثلثة اللزوم من حين العقد فلا يخل وجود خيار آخر للبائع
مع الخيار من التأخير ومدة الثلاثة تتداخل معه فلو شرط الخيار بعد الثلثة
جاء الخيار من وجهين والاول اظهر ولو كان الخيار للمشتري فكالبائع عند
العلامة والحلي لتغير الصورة في الحكم المخالف للاصل ولان شرط
الخيار في قوة اشتراط المبيع وتأخر المشتري حق الخيار ينفي خيار البائع
ويلزم العلامة نفي الخيار في بيع الحيوان وعموم الادلة حجة عليه وعلى
الحلي ايضا لعدم الفرق بين الاصل والمشترط واحتمال في الدروس اطراده
مع الشرط للخيار مطلقا للبائع كان او للمشتري فيفسخ البائع في خيار
المشتري بعد الثلاثة وفي خياره كذلك اذا انقضى الشرط ويلزمه تأخر الثلثة
عن محلها والوجه طرد الخيار في الاول وهو ما اذا كان المشتري دون الثاني
وهو ما اذا كان للبائع واللزوم المفهوم من الاخبار وكلام الاصحاب
مختص بالبائع واما المشتري فلا مانع من خياره لوجود بعض اسبابه

ولو ثبت للبائع خيار بعد الثلاثة احتمل السقوط لاندفاع الضرر به والثبوت لعموم

النص وهو الاقرب ولو رضي البائع بالتأخير اقل من المدة كيوم او يومين لم يبق له

خيار ويحتمل بقاؤه تماماً والثلاثة مبدأها آخر وقت الرضاء ويحتمل ان له ذلك الحكم

بعد ما بقي من المدة والاوفق بالقاعدة الاول ولا يشترط في ثبوت هذا الخيار كون

الثمن معيناً لظاهر الادلة ومقتضى كلام الاصحاب وهل يشترط ان يكون المبيع معيناً قال

ابو العباس والصيمري نعم فلو باع في الذمة لم يطرد الخيار لاصالة لزوم العقد مع تعذر النص و

لان ظاهر الروايات التعيين مع كون الغالب التعيين فيه بخلاف الثمن ولاقتضى من

الشك فيقتصر على المتيقن من الادلة وكلام الاصحاب وانتفاء العلة في ثبوت هذا

الخيار وهي دفع الضرر اذ هو منتف في عدم انحصار الثمن بالتعيين وهو ظاهر المبسوط

والمراسم والوسيلة والتحرير وفي الانتصار والخلاف بيع معين بثمن معين وربما

حمل على مجرد التمثيل او الاحتراز عن النسيئة والسلف والاكثرون اطلقوا

الحكم وفي التذكرة الاجماع عليه من غير تفصيل والقاضي نص على الخيار في غير المعين

محتجاً بالاجماع وهو الاقرب لما ذكر من الاجماعين ولنا ولانه يقتضي اطلاق اجماع

التنقيح والمسالك والمفاتيح وما يظهر من ايضاح النافع وكشف الرموز ولعموم المعتبرة

الموجبة عموم حكم الاصل كما في الموثق من اشترى بيعاً وفي الصحيح بيع البيع ونحوهما

ولعموم الصورة وانتفاء العلة ممنوعا فلا فرق بين العينين والكليين والمختلفين وشرط

في ثبوت هذا الخيار كون المتعاقدين متغايرين بالذات وذلك لان هذا الخيار مبدأه

من حين التفرق وليس فيه التعيين بما يمكن فيه التفرق وخيار المجلس انما سقط في

العاقد الواحد بالاسقاط وقد لا يسقط في الثلاثة ومن شرط خيار التأخير خلو

الثلاثة عن الخيار ويسقط هذا الخيار بالاشتراط كما نص عليه في الدروس وكذا

الفوائد وتعليق الارشاد عملا بلزوم الشرط وبالاجماع المنقول وقد
يقال ان ما كان سبب الخيار فيه مقارنا للعقد كالعيب والغبن والتدليس
والوصف يسقط باشتراط السقوط واما من خيار التأخير الذي يأتي
شيئا فشيئا فلا لانه اسقاط قبل الثبوت قلت كل خيار بسبب العقد او مستند
اليه يسقط باشتراط سقوطه قارن او تأخر ولولا ذلك لما سقط من خيار
الحيوان في الثلاثة الا ما قارن العقد ودعوى ان هذا الخيار لم يستند الى
العقد بل الى التأخير فقط او اليه والى العقد بعيد وعلى تقديره فقد يقال
بان المشترط سقوطه في ذلك الوقت الان وكتعليقه كالمنجز وفيه انه
يلزم جواز ذلك في النفقة والقسم وغيرهما من جميع ما فيه شغل الذمة
مقدرا والعمدة في جواز هذا الشرط ادلة الشروط والاجماع المنقول
ويسقط ايضا بالاسقاط بعد الثلاثة ولو اسقط مقيد السقوط بحصة
من الزمان سقط بتمامه وان قلنا فيه بالتراخي لانه بسيط والزمان تابع
وليس هذا كخيار الحيوان وهل يسقط باسقاطه في الثلاثة وجهان العدم
لعدم ثبوت الحق فانه كنفقة الزوجة فان ما سيأتي فيها لا يسقط بالاسقاط
والفرق بينه وبين شرط السقوط بالدليل والسقوط لتقدم السبب الذي
هو العقد والفرق بينه وبين نفقة الزوجة انه حق واحد مستمر وهي حقوق
موزعة على الزمان ثم يسقط بالبيع على من ينعتق عليه كما تقدم في خيار
المجلس وبالتصرف بعد الثلاثة بناء على جريانه في جميع الخيارات واما
التصرف قبلها فيجيء فيه الوجهان السابقة ويقوى الاول منهما في هذا المقام
فان المتيقن من اسقاط الخيار بالتصرف ما كان بعد ثبوته وهل يجوز

للمشتري التصرف في المبيع قبل خروج الثلاثة بيعه وكونه وانا منعناه من ذلك
في زمان خيار البائع قلنا فانه حقه اذ الحق بعد لم يثبت فلو تصرف ببيع وغيره
او باعه على من ينعتق عليه فيحتمل ان له سلطان الفسخ والرجوع الى العين
ويقوى الرجوع الى القيمة سيما في الاخير كالتصرف في التصرف لما ترجح
ذلك وعلى اي تقدير فالنماء بالثلاثة وبعدها قبل الفسخ للمشتري
كنماء الثمن حيث يكونان عينين ولا يسقط باحضار الثمن بعدها خلافا
للعلامة في التذكرة والقواعد مستندا الى زوال المقتضي لثبوته وهو الضرر
دفاقا المحتمل المدرس للاصل وزوال العلة لا ينفي البقاء بجواز ان يستند
الى علة اخرى ولا اقل من الشك فيستصحب وربما قيل ظاهر الاكثر حيث انهم
ذكروا ان له الخيار ولم يتعرضوا للاحضار وعدمه ولكن الاطلاق مسوق
لامر اخر فلا دلالة فيه ولا يسقط ايضا بالمطالبة به بعدها كما في التذكرة
والقواعد وكنز الفوائد والمسالك والشرح تمسكا بالاصل مع فقد المسقط
شرعا خلافا لظاهر المشايخ والديلمي والحلبي حيث خيروا البائع بين الفسخ
والمطالبة بالثمن وقابلوا بينهما وله وجه فان المطالبة بالثمن قرينة الامضاء
وعلى القول بالفورية يتجه القول بالسقوط لاستلزامه التأخير الا ان يدعي
عدم اخلاله بذلك بها لان المراد بها العرفية او يعرض في مقام لا
يعلم بالخيار وقلنا ان ذلك عذر لا يسقط به الخيار بناء على الفورية
والظاهر ان ذلك في كلام الجماعة كناية عن الالتزام وصرفه الخيار
على الفور او التراخي وجهان ذهب الى الثاني منهما الشهيد في
قواعده والعلامة في ظاهر التذكرة والعلامة الطباطبائي في مصابيحه

صحة لكن بالطلاق ما دل على الخيار فانه يتناول الاول منه فلا يتعدد الا بدليل
ولانه حق ثبت للبائع والاصل بقائه ولم نجد بالاول هنا قائلا على التعيين
وان قيل به في غيره من الخيارات سوى ما يظهر من بعض المتاخرين اقتصارا
على المتيقن فيما خالف اللزوم وتردد المحقق الكركي في فورية هذه
الخيار مع حكمه بها في خيار الغبن والرؤية وكان منشأه ان المقتضي لهذا
الخيار وهو دفع الضرر عام للفور وغيره وليس منشأه تعارض الا
صلين اللزوم واستصحاب الخيار لانه مشترك بين المقامين
فلا معنى للتردد في احدهما والجزم في الاخر والتحقيق ان المسئلة مبنية
على ان لزوم العقد معناه ان اثر العقد مستمر الى يوم القيمة وان
عموم الوفاء بالعقود عموم زماني للقطع بانه ليس المراد من الوفاء
الوفاء بها آناً ما بل على الدوام وقد فهم المشهور منها ذلك
وباعتبار ان الوفاء بها العمل بمقتضاها ولا ريب ان المفاد عرفا
وبحسب قصد المتعاقدين الدوام فاذا دل الدليل على ثبوت خيار من ضرار
او اجماع او اخبار في اخبار عن ثبوت خيار في الماضي او مطلق
بناء على الاهمال لا الاطلاق في الاخبار فيكون استثناء من ذلك
العام ويبقى العام على عمومه كاستثناء ايام الاقامة والثلاثين
ووقت المعصية ونحوها من حكم السفر او ان اللزوم ليس كالعموم
وانما يثبت ملكا سابقا ويبقى حكمه مستصحبا الى المزيل فيكون المعارض
بين استصحابين والثاني وارد على الاول فيقدم عليه والاول
اقوى لان حدوث الحادث مع زوال علته السابق يقضي بعدم

في

اعتبار السابق اما مع بقائها فلا يلغوا اعتبار السابق ولعل سبب تردد المحقق الثاني في
المقام دون خيار الغبن والرؤية وورود الاخبار به الظاهر في ذلك كقولهم ع
والا فلا بيع له ونحوها ويمكن اثبات الفورية بطريق اخر وهو مما استدل به على ثبوت
الخيار في كثير من مواضعه وهو حديث الضرار ونفيه في غير الخيار من اجازة الفضولي
والشفعة وفسخ النكاح ونحو ذلك فانه يترتب على بقائه ضرر عظيم من قبيل تحجير
على زوج ينبغي فيه الحجر لانه متى فعل يبقى مترددا وبالاجازة تنفسخ العقود
وكذا فوائد الاعيان يتوجه الخيار حتى يستوفي منافعها ونتاجها ثم يردها
غير ان ذلك انما يجري حيث لا يكون مرجع الضرر منه على نفسه وربما كانت مسئلة
التاخير من هذا القبيل وان لم يكن فيها تقصير بناء على الفورية في الخيار فالمراد
بها الفورية العرفية فالجهل بالحكم او بالموضوع او السهو والنسيان او الاجبار
او زعم صدور الفسخ ونحوها من الاعذار ولا يسقط بها الخيار على الاقوى
وجهل حكم الفورية ليس عذرا خلافا لصاحب الحدائق وقد ذكرنا ذلك في خيار
الغبن قال المص وتلفه من البايع مطلقا بعد الثلاثة وقبلها عرضه
على المشتري اولا كلا كان او بعضا واما بالنظر الى اقسام المتلف بالآفة السماوية
او البايع او من المشتري او الاجنبي فهو جزئي من جزئيات التلف ويجيء البحث
فيه وتفصيل المسئلة انه لا خلاف في ان المبيع اذا تلف بعد الثلاثة كان من
مال بايعه وقد نقل عليه الاجماع في الخلاف والسرائر والجامع والمختلف والقواعد
والايضاح والتنقيح والمهذب البارع والدروس وغاية المرام وغيرها لانه
مبيع تلف قبل قبضه فيكون من مال بايعه بالقاعدة الكلية الثابتة بالنص والاجماع
وعارض هذه القاعدة في مجمع البرهان بالقاعدة الاخرى وهي ان تلف المبيع في الخيار

ن

المختص بالبايع بكونه ممن لا خيار له وهو المشتري وباختصاص الضمان به لو اشترط الخيار

فكيف اذا اختص بعدمه وبين القاعدتين عموم من وجه والثانية مؤيدة بالاصل وضعفه

ظ فانه مع اختصاصه بالتالف في زمن الخيار فقط اما لو سقط الخيار بمسقط فلا

ينبغي فيه مورد وباختصاص ما ذكر من القاعدة بالمقبوض كما هو المعلوم من مذهب الاصحاب

واما عدم قبض البايع مط اما لو تلف في الثلاثة فالمشهور انه تلف من مال البايع وفي الدروس

انه مذهب الاكثر وفي الرياض استقر عليه مذهب المتاخرين كافة وذهب اليه الشيخ والقاضي

وابن ادريس والمحقق والعلامة وولده والابي والشهيدان والكركي وكثير من

غيرهم وحكي في الخلاف عليه الوفاق وهو المعتمد للاجماع المنقول ولما دل على عموم ضمان

على البايع مع عدم الاقباض مضافا الى رواية عقبة بن خالد في خصوص الباب

المجبورة بالشهرة المحصلة والمنقولة وقيل بل هو من ضمان المشتري وهو قول المفيد

السيد والديلمي والحلبي للاجماع كما في الانتصار والغنية ولاستقرار ملك المشتري

في الثلاثة وكون التاخير لمصلحته وكون التلف منه والضعف بمنع الاجماع ومعارضته

بمثله وعدم انتهاض التعليل لتخصيص الاصل المنصوص المجمع عليه وعزي في التذكرة

هذا القول الى الشيخ ره وفي المهذب البارع الاول الى الديلمي وهو خلاف المعلوم

منهما والمنقول عنهما وذهب ابن حمزة الى ان التلف من البايع الا ان يعرضه على

المشتري فينتقل الضمان ونفى عنه البعد في المختلف واستظهره من كلام الحلبي مع

تخصيصه كلام ابن حمزة بالتالف في الثلاثة وعبارة الوسيلة مطلقة والوجه فيها

تنزيل التمكين منزلة القبض في نقل الضمان للزوم حصول الضرر لولاه ومقتضاه

ضمان المشتري مع حصوله مط سواء كان التلف في الثلاثة وينتقل الضمان بالتمكين

مذهب الشيخ ره وجماعة وظاهر الخلاف اجماع الاصحاب عليه فيشكل اطلاق القول بضمان

البايع في الثلاثة مع الاكثر وفيما بعدها مع الجميع ان ثبت الاجماع ومن خصوص القائل وان
لم يثبت ولا يبعد فهي اولى باشتراط عدم التمكين في اصل الخيار كما في التحرير او تخصيص
محل النزاع بما اذا انتفى التمكين كما في السرائر وعنده لا شك تظهر موافقته من حيث
المشهور وان نسب الخلاف اليه هنا وجعلها قاله قولا ثالثا ليس على ما ينبغي ولكن
الحق عدم نقل الضمان بالتمكين واجماع الشيخ ره في الخلاف ممنوع ومعارض بما حكاه
الغنية المعتضد بالشهرة المحصلة والمحكية عن المهذب وغاية المرام وبعموم ما دل على
الضمان على البايع مع عدم الاقباض من غير فرق بين التمكين وعدمه وفي ترك الاستفصال
الجواب مع التلف في رواية عقبة بن خالد عن الصادق ع دليل على عدم الفرق
بين التمكين وعدمه وحديث الضرر لا عمل به على عمومه مع اندفاعه بقبض الحاكم
او جبره عليه واما الحلبي فقد نص على التفصيل وجعل التمكين نافلا للضمان
مطلقا كالقبض فلا يصح حمله على التفصيل في الثلاثة ولا جعله قولا آخر في المسألة
فانه موافق للمفيد ره في كلا المسئلتين ولو اختص المبيع او عدم القبض ببعض
[التلف ببعض ح]
التالف في غير المقبوض منه البايع كالجميع على الخلاف بخلاف المقبوض من المبيع
لانتقال ضمانه اليه بالقبض وبهذا يندفع اشكال آخر في كلامهم فانه ان اريد
به الجميع لم يتبين حكم البعض الغير المقبوض او ما يعم والبعض لصدق تلف الكل
بتلف الجزء اطرد في المقبوض ويمكن الذب باختيار كل منهما تعويلا على مناط الحكم
والحمل على غير المقبوض كلا او بعضا فان البعض مبيع في الكل قال المصنف ره

الخامس خيار ما يفسده ليومه وهو ثابت بعد دخول الليل
اختلفت عبارات الاصحاب في تادية المراد من هذا الخيار ففي النافع والشرايع
والتذكرة والقواعد والارشاد مثل ما في المتن من ذكر الامتداد الى الليل من

تعرض للمبيع وفي الفقيه والنهاية والسرائر والوسيلة والغنية والجامع والدروس والتحرير
والشرح تقدير المدة بيوم والتحديد بالليل مشترك بين الجميع لكنه قد جعل في النهاية و السرائر
وكتب العلامة غاية للخيار وفي غيرها مبدأ له كما في النص ويجب رد الاول اليه بالحمل على
ما يؤول الى ذلك مسامحة لوضوح المراد وان بعد التأويل حتى يوافق النص والاجماع المحصل
نصا دعن الحكم عن حواشي الشهيد على لزومه من طرف البايع الى الليل او خوف الفساد
والاصل في ذلك ما رواه في الكافي والتهذيب عن محمد بن احمد عن يعقوب بن يزيد عن
محمد بن ابي حمزة او غيره عمن ذكره عن ابي عبدالله او ابي الحسن عم في الرجل يشتري الشيء الذي
يفسد من يومه ويتركه حتى يأتيه بالثمن قال ان جاء فيما بينه وبين الليل بالثمن والا فلا بيع
له وروى في الوسائل عن الصدوق انه روى باسناده عن ابن فضال عن ابن رباط عن زرارة
عن ابي عبدالله عم في حديث قال العهدة فيما يفسد من يومه مثل البقول والبطيخ والفواكه
يوم الى الليل والظاهر انها زيادة من الصدوق والا فالشيخ قد روى ذلك الحديث
بالاسناد المذكور من دون الزيادة المذكورة وهذه الرواية وان كانت مرسلة الا ان
عليها عمل الاصحاب كما في المهذب وفي كشف الرموز لا اعرف فيها مخالفا فهي منجبرة بعمل الاصحاب
وباجماع الغنية على اصل الحكم وبموافقة الاعتبار وذلك ان خيار التأخير ثبت بعد
الثلاثة فيما لا يفسده البقاء ثلاثا فالذي يفسد قبل الثلاثة ينبغي ان يثبت فيه الخيار
قبل فساده بطريق اولى وبحديث الضرر والضرار وفيهما اشكال لان في عبارة الاصحاب
وفي النص بان الغرض من الخيار دفع الضرر بفسخ البيع قبل فساد المبيع واذا كان
مما يفسد ليومه كما هو المفروض وجب ان يكون التحديد قبل الليل ليتلافى للبايع فسخه
كلمة وايضا فالبيع يقع في طرفي النهار وفي الاثناء كما هو الغالب وربما اتفق ليلا
مع امتداد السوق وانقطاعه والتحديد بالنهار كلا وبعضا لا يطرد في الجميع والحمل على

مقدار يوم خروج عن ظاهر النص والفتوى ولا ينافي معه الغرض المطلوب في الوكد وكلام بعض الجميع على ان المراد فساد المبيع كما حمل النص الشهيد في الدروس على ذلك و اثبت الخيار فيما هو كذلك عند انقضاء النهار نظرا الى ان الغالب في نحو الخضر والفواكه و اللحوم والالبان فسادها بالمبيت وان اليوم يطلق على ما يشمل الليلة فانه استعمال شايع وربما ايد باستعماله في ذلك بالنسبة الى الثلاثة في خيار الحيوان الذي هو اصل لهذا الخيار وفيه ما تقدم ويفهم من الرواية حينئذ بناء على ذلك خوف الفساد في الليل كله او بعضه او يحصل بالزوال وارتضى هذا الحمل المقداد والمحقق الثاني ومال اليه الشارح وهذا كله بالنظر الى المنصوص واما غير المنصوص فحيث عرفت سابقا ان الذي يقتضيه القواعد والاصول ان البايع كغيره امتنع عليه المبيوت من تسليم حق بعضهم من الزمان وعنده شيء من مالهم والحكم فيه ان يلحق فيما لنا جزاء الضرر كان للغريم المقاصة بخصوص الامساك لو وهم له فاذا كان الامر على ذلك فان كان المستند كالنص بالنحو المتقدم لزم الجمود والاقتصار على المورد المعلوم من كون كمقدمتها والتأخير في الثمن والخيار للبايع وبدخول جزء من الليل وفساد تمام المبيع في وجه وكون المانع خوف الفساد الذاتي وقد يلحق العارضي من جهة خصوص رطوبة المكان ونحوه فلا يلحق خوف النهب والغصب و نقص القيمة والدخول في نظر الظلمة ويخرج من ذلك جملة من اقسام التصرف التي لا يصدق عليها الفساد عرفا او يشك في صدقه وان يكون التأخير من المشتري لا من اذن البايع وان يكون قبل القبض فلو قبضه وبقي امانة عنده لم يجر فيه الحكم وكذا لو كان على البايع الا في صورة الاذن في التأخير ولابد من الفساد في بعض اليوم قبل الليل ولا بعد الليل كفساد اليومين والثلاثة اللهم الا ان يمشي الحكم في غير المنصوص

المنصوص بتنقيح المناط وقياس الاولوية او بدلالة الايماء وهو غير بعيد فيسري الحكم
الى الفساد في اليوم او الاقل او الاكثر ويكون مدار ثبوت الخيار على خشية فساده
مطلقا فلو كان مما يتسرع اليه الفساد في بعض اليوم فالخيار فيه قبل الليل ولو كان
مما لا يفسد في يوم تربص به البائع الى خوف فساده فيتخير حتى وان مضى عليه
يومان او اكثر واحتمل العلامة ره في هذا اشتراط الليل لورود النص به شرعا
وهو ضعيف لان الاصل اللزوم ولا ضرر عليه في التاخير بان يورده كبعض الفاسد
ليوم وليس هذا منه فيستمر فيه اللزوم الى خوف الفساد لدلالة الايماء ويكفي في
الفساد بناء على ذلك تغير العين ولو بفساد البعض وتقليل الرغبة وان لم
حد كما يقال في هذا اللحم بائت وهذا العنب بائت كما في الدروس وكنز الفوائد
وتعليق الارشاد وظاهر لك ويحتمل لذاته وله عنه الاوانه بناء على ان المستند ذلك
لا يسري الى جميع انواع الضرر وان كانت دائرة في دلالة الايماء او سعة من التنقيح
قياس الاولوية وان جعلنا المستند حديث الضرر شمل جميع انواعه حتى نقص القيمة
وفوات السوق المستلزم الضرر بنقص السعر والاشبه الاول لان حديث الضرر غير معمول
به على عمومه عند الاصحاب الا في مقامات قام عليها الدليل بالخصوص فجعل مناط الحكم
فيها الضرر ولا دليل في المقام والايماء اليه بالفساد لا يفيد ذلك واما الضرر
الخاص الذي يكشف عنه الشارع لخصوصية فيه فذلك لا ينافي ما نقوله من ان
الضرر يندفع بالمقاصة كما تقدم والاصل لزوم العقد فيقتصر فيه على المتيقن والظ
ان هذا الشرط وجودي لا علمي فلو زعم الفساد ثم فسخ وتصرف ببيع او غيره
بان فساد كالفسخ وما يتبعه ويختلف فيما يفسد كميته فيجري فيه الاقوال السابقة و
المختار وان لم يصرحوا به لاتحاد الطريق فيهما وربما صح الاطلاق في الفاسد

وربما يؤيد قولهم
تحت الدليل
ابتداء ونقص
الوصف م ح

هذا
الفصل بين ما قبل المدة وما بعدها لاقدام البايع على الضرر فيما هو مظنة التلف
الخيار كسابقه فيه الوجهان المذكوران والراجح والاشبه الاول وربما يتوهم ان الفورية العرفية
في هذا الخيار وسابقه اوسع دائرة من الفورية في الغبن والعيب ونحوهما ويظهر
من جماعة من الاصحاب ان هذا الخيار قسم من خيار التأخير وانه هنا ولم يقل في الشروط والاحكام
وهو الاظهر اقتصارا فيما خالف الاصل على المتيقن قال السادس
خيار الرؤية لمن لم ير اذا باع واشترى هذا العنوان ان بقي على المعنى الاضافي
من المعهود عليه لم يدخل خيار الادراكات الاخر من الشم والسمع والذوق واللمس و
كذا الوصف اذا ظهرت بخلاف ما علمت وكذا العقود الاخر ما عدا البيع بل ما
عدا الشراء وان بني فيه على الغالبية لم يتفاوت فيه البيع ولا الرؤية ولا غيرها والظاهر
الثاني لما يظهر من الاصحاب ويفهم من الرواية من ان ما ذكرنا سري من تبدل الحال ويقتضيه
حديث الضرر والضرار ويشهد له الاعتبار من ان فوات اللزوم في باب خيار الرؤية
انما هو لنقص الوصف وقد كان داخلا في البيع مثلا فيكون كتبعض الصفقة
او باعتبار انه يشبه الشرط وهذا لا يختلف الحال فيه بين كل بيع ومبيع وهل المراد في
مقام نقض الرؤية للرؤية بقولهم خيار الرؤية الرؤية الاولى التي زال مقتضاها
او الثانية المكذبة للاولى وكلا الامرين ممكن ومحتمل في الرواية الا ان الظاهر
منها الثاني ومن الاصحاب خروج ذلك عن هذا الباب لفرضهم البحث فيما
اشتري بالوصف والوجه منكشف لان الرؤية قد ينقضها رؤية اخرى
او وصف والوصف قد ينقضه رؤية او وصف وهكذا الادراكات الاخر
ثم الوصف اما مشترط فيضاف اليه خيار الاشتراط او في فقده غبن فخيار
الغبن او ليس فيه فخيار التدليس او عيب فخيار العيب او حيوان فخيار الحيوان

او مجلس فخيار المجلس وهكذا ولا مانع من تعدد الاسباب للخيار يبقى الكلام في
تدليس الاوصاف اذا تعمد الكذب هل يرجع الى البطلان وما في النكاح بحكم الدليل ودليل
هذا الخيار الاجماع المحصل على الظ وفضلا عن المنقول وفي الحدائق انه محل وفاق وفي
غيرها وهو اجماعي ونفى عنه الخلاف في الرياض وفي الكفاية ومجمع البرهان كانه لا
خلاف فيه وتدل عليه صحيحة جميل بن دراج قال سئلت ابا عبدالله عم عن رجل اشترى ضيعة
وقد كان يدخلها ويخرج منها فلما ان نقد المال صار الى الضيعة فقلبها ثم رجع
فاستقال صاحبه فلم يقله فقال ابو عبدالله عم انه لو قلب منها ونظر الى تسعة
وتسعين قطعة ثم بقي منها قطعة ولم يرها لكان له في ذلك خيار الرؤية وهي
محمولة على عدم كونها على الوصف الذي راه سابقا واشتراها معه والا فليس
محض عدم رؤية القطعة قاضيا بالخيار واحتمل بعض الاصحاب في الرواية كون
التفتيش من البايع بان يكون البايع باعه بوصف المشتري وحينئذ فيكون
الجواب عاما بالنسبة اليها وهو بعيد كل البعد عن سياق الخبر ومع تسليمه
فيكون الجواب عاما محل اشكال واستدل ايضا بحديث الضرر والضرار وباحالة
ذلك الى شبه الشرط او الشرط فيكون من باب خيار الشرط واما صحيحة زيد
الشحام قال سئلت ابا عبدالله عم عن رجل اشترى سهام القصابين
من قبل ان يخرج السهم فقال لا تشتري شيئا حتى تعلم ان يخرج السهم
فان اشترى شيئا فهو بالخيار اذا خرج فليست مما نحن فيه وان استدل
بها في المقام والقول بالبطلان في ذلك باعتبار عدم بقاء محل المعاملة
فيكون البيع باطلا لا وجه له وسر الاشتباه عدم الفرق بين الوصف
المعين للكليات ووصف المعين من المشخصات وبين الوصف الذاتي والعرضي

فقلبها خ

من انه اقصى ما هناك انه من تعارض الاشارة والوصف والاشارة اقوى وليس هو
من باب العيب مطلقا حتى يثبت فيه الارش خلافا لابن ادريس لان الارش على خلاف
القاعدة كما سيجيء في مقامه فيقتصر فيه على مورد الدليل الا اذا دخل في قسم العيوب
قال المصنف ره زاد في طرف البايع او نقص في طرف المشتري بالنسبة
الى كلام المثمن والثمن ففي طرف الزيادة المعتبرة في المبيع تخير البايع وفي طرف
نقصانه نقصا معتبرا تخير المشتري وفي طرف النقصان للثمن تخير البايع
وفي طرف زيادته تخير المشتري ولو زاد ونقص العين او المثمن او هما باعتبارين
تخيرا وكمل ثبوت الخيار لمن عنده الزيادة ايضا اذ قد يتعلق الغرض بعدمها وهو
ضعيف لان الخيار على خلاف الاصل والمتيقن ما عدا ذلك والضرر منتفي
الاغراض النادرة لا يناط بها الحكم ولو زال ما راه بعد البيع قبل القبض ثم
رجع الى حاله قبل الاقباض ايضا قوى ارتفاع الخيار ولو حدث نقيصة لم يرتفع
للاصل وقد يتعلق الغرض بالوصف الخاص ومثلها لو حدث وصف ترقى
به القيمة عوض ذلك الوصف ولو زاد الوصف حسنا فان كان مشروطا بعدم
الحسن ومثله كل زيادة لم يجب الاخذ والا وجب ولا خيار كما سبق وهذا
الخيار على الفور الا مع العذر كما عليه جمع من الاصحاب ونسبه الى الاشهر وما
الى ظاهر الاصحاب ودليله ما تقدم في خيار التاخير وهل يسقط هذا الخيار
بشرط السقوط اولا بل يبطل به العقد وجهان اختار ثانيهما كالعلامة
والشهيد الاول والمحقق الثاني خلافا لما به فيما اذا كان الخيار خيار وصف
ومحتمل له فيما اذا كان خيار رؤية وعلله بلزوم الغرر باعتبار ان
الوصف قائم مقام الرؤية فاذا شرط عدم الاعتداد به كان المبيع غير
مرئي ولا

مرئي ولا موصوف ويلزم من ذلك الغرر المنهي عنه المبطل للبيع ويقوى
الاول للعموم وان المدار على الحال لا المآل وهو معلوم الان كما قالوا في باب
تبعيض الصفقة وشرط عدم الاعتداد به بعد ذلك على تقدير المخالفة لو سلم في
الاقدام عليه حين العقد وهذا المقدار من العلم كاف ومن ذلك يعلم حال اسقاط الخيار
بعد العقد قبل الرؤية الا انه لا مجال هنا لبطلان العقد وانما يلغو الاسقاط فقط
نعم قد يتوهم انه من الاسقاط قبل الثبوت فلا يفيد السقوط ومبنى المسئلة ان هذا الخيار
وخيار العيب والغبن مثلا هل تثبت بمجرد حصول العيب او الغبن او الكون على
خلاف الوصف واقعا او انها انما تثبت بالظهور وعلى الثاني فهل للعقد
حين ذلك تاثير ويكون الاسقاط لما تحقق وان لم يتحقق الضرر او ان
الاسقاط انما هو لنفس الاثر فلا يتحقق قبل تحققه تحقيقا كان او غيره
كما تقدم في نظيره والاقوى الاول واما سقوطه بالاسقاط بعد
تحقق الرؤية فلا مانع منه قولا كان المسقط او فعلا خصوصا
على بناء الفورية فيه قال في الدروس لو شرط البايع ابداله
ان لم يظهر على الوصف فالاقرب الفساد انتهى ووجهه انه شرط
مناف لمقتضى العقد لا نحلاله الى شرط عدم استقرار الملك
على احد التقديرين فلا وجه لما في الحدائق بعد ان ذكر كلام
الشهيد ره قال وفيه انه لا موجب للفساد مع ظهوره وعلى
الوصف المشروط ومجرد شرط البايع الابدال مع عدم الظهور على
الوصف لا يصلح سببا في الفساد لعموم الاخبار المتقدمة
نعم لو ظهر مخالفا فانه يكون فاسدا من جهة المخالفة ولا يجبر

هذا الشرط لاطلاق الاخبار في الخيار والاظهر رجوع الحكم
بالفساد في العبارة الى الشرط المذكور حيث لانا نبرك مع الظهور
وعدمه وبالجملة فاني لا اعرف الحكم بفساد العقد في الصورة المذكورة
على الاطلاق وجها يحمل عليه انتهى قال المصنف

ولا بد فيه من ذكر الجنس والوصف والاشارة الى معنى المراد
بالجنس اما معناه المنطقي ويدخل ذكر النوع تحت ذكر الوصف او يراد
من الحقيقة النوعية كما عبروا به في باب الربا ويراد بالوصف
ذكر المص والامر في ذلك سهل بعد وضوح المعنى المراد ولهذا
ان الاصحاب منهم من اقتصر على ذكر الجنس ومنهم من اقتصر على كوصف
ومنهم من جمع بينهما وايما كان فلا بد من ذكر الجنس وكوصف
ومقدار يدفع الغرر ويختلف الحال فيه باشتراط تاخير التسليم
وعدمه وبه يحصل الفرق بين هذا النوع والسلم ولا يضر فيه
استقصاء الاوصاف دون السلم وما ادعاه بعضهم من
الاجماع على اشتراط جميع شروط السلم في المقام ممنوع و
الدليل على اصل الحكم الاجماع عاما وخاصا محصلا
ومنقولا نقلا مستفيضا ودخوله تحت نواهي الغرر
الشرعي والظاهر ان دائرة الغرر الشرعي اضيق من
العرفي فان النقود مثلا اذا تساوت وزنا وصرفا ورغبة
لا بد فيها من ذكر النوع والصنف وان لم يترتب على
ذلك الغرر العرفي ومن هنا منعنا من رايج المعاملة

وان لم يكلف في افراد الرغبات فذكر الجنس والوصف لابد
منه فلو لم يذكر الجنس كان يقول بعتك ما في كمي او لم يصف
او وصف وصفا لا يرفع الجهالة للانتقا رغبته او لكونه
غير معلوم لاحد المتعاقدين او لكون السلعة لا يوضحها
الوصف كاللالي ونحوها بطل ولا يلزم الاستقصاء في
الاوصاف وربما اخل في بعض الاحوال ولا بد ايضا من
الاشارة الى المعين والا كان المبيع كليا لا يوجب
الخيار وليس له مع عدم القبول سوى اخذ البدل وعلى
البائع ابداله ولا يفتقر مع ما ذكر الى الرؤية باتفاق اصحابنا
خلافا للعامة قال المصنف ره ولو رأى البعض تخير في
الجميع مع عدم المطابقة لا ريب ان رؤية بعض المبيع كافية
في صحة عقد البيع على الكل بجميع اجزائه اولا وفي الحقيقة
جميع المركبات مثليها وقيميها كلها او جلها لا تعرف
ولو توصف غالبا الا بالاطلاع على ابعاضها كما ان كثيرا
يكتفى فيها برؤية الظواهر كباطن المايعات وباطن
الصبرة وباطن الارض والجدار ونحوها ولو اعتبرنا
اختبار البواطن لزم الفساد فيما يفسده الاختبار
من البقول والخضر والثمار والدراهم والدنانير والجواهر
والادوية والعقاقير ونحوها ولو اراه انموذجا وقال
بعتك من هذا النوع كذا بطل للزوم الجهالة

لانه ليس من المعين ولا من الموصوف وصفا وانما للاشتباه
فيدخل في قسم المجهول فيمنع منافاته لحكمة شرعية العقود لعدم
انقطاع النزاع به لعدم انضباط الاوصاف بمجرد الرؤية
لحصول الغفلة كثيرا عن كثير منها اما لو قال له بعتك الحنطة
التي في البيت وهذا الانموذج جزء منها دخل في المبيع وصح لرؤية
بعض المبيع المفيد ومفاد رؤية الكل ودعوى شرطية اجتماع
الاجزاء ممنوعة وان لم يدخل الانموذج ايضا صح على اشكال ينشأ
من كون المبيع غير مرئي الكل ولا البعض ولا موصوف يرجع فيه
الى الوصف ولا اطمئنان بالمعرفة في الاجزاء اذ قد يفقد او يختلف
هذا كله في المثلي واما القيمي فلا يجري فيه مثل ذلك لعدم دلالة
بعض على بعض ومنه ما لو نسج بعض الثوب فاشتراه على ان
ينسج الباقي كالاول وقد صرح بالبطلان فيه
جماعة من الاصحاب وعللوه بانه بعضه بيع عين
حاضرة وبعضه في الذمة مجهول وعلى كل حال
ففي مقام ثبت الخيار ليس له الانتصار على
فسخ ما لم ير للزوم الضرر بتبعض الصفقة على الاخر ولنقل
الاجماع فيه وقد يستدل عليه بخبر جميل ان جعل اسم الاشارة مشارا به الى

تمام الضيعة ح

قال المصنف السابع خيار الغبن الغبن في اللغة الخدع وعند المتشرعة هو الشراء بغير
القيمة مع الجهالة اذا كان التفاوت لا يتسامح به عادة وثبوت هذا

وثبوت هذا الخيار هو المشهور

بين الاصحاب كما في المهذب البارع وغاية المرام والروضة وخصوصا

المتأخرين كما في المسالك والكفاية وبل كاد يكون اجماعا بين المتأخرين

كما في ايضاح النافع وعليه المتأخرون كما في التنقيح والشيخ واتباعهم

كما في الدروس وفي التذكرة الغبن سبب ثبوت الخيار عند علمائنا

وفي مقام اخر منها واثبت الخيار للمغبون دون الغابن بالاجماع وكما يحتمل ان

وفي الغنية السبب الخامس للخيار ظهور غبن لم تجر العادة بمثله

بدليل الاجماع وفي الخلاف حكم به ونسب الخلاف الى المخالفين

وفي كشف الحق ذهبت الامامية الى ان الغبن بما لم تجر العادة

بالتغابن بمثله يثبت الخيار للمغبون وقد خلت عن ذكره الهداية

والمقنع والمقنعة والانتصار والمراسم واستظهر الشهيد الاول في الدروس

من ابن الجنيد ان البيع مبني على المغالبة والمكايسة وقال فيهما وربما

قال المحقق في الدرس بعدمه وانت خبير بان خلو الكتب التي ذكرناها

عنه لا يورث ريبة في تحقق الاجماع لخلوها عن الداعي كثيرا من الاحكام

وابن الجنيد لم يزل موافقا للعامة فيما يختاره فخلافه لا يعبأ به واما

المحقق فما كنا لنلتفت الى ما نسب عنه في الدروس مع ما شاهدنا منه

فالاجماع محصل على المسألة فضلا عن ان يكون منقولا ولا يلتفت

الى استظهار صاحب الكفاية عدم ثبوت الاجماع ولا الى قول

السيد ومن تأخر عنهما ان اكثر القدماء او كثير من القدماء لم

يذكروه لا يجبار الغير الذاكر لما ذكرنا ولو قلنا ان مسلم اليلمي

ذهب في المسألة غير مستند واحد كما صرح به بعضهم كان جميع المتأخرين

مصرحين به الا من شذ واستدل على ثبوته بما رواه ثقة الاسلام

في الكافي عن اسحاق بن عمار عن ابي عبد الله قال غبن المسترسل

يحتمل رجوعه للمغبون او للغابن رجوعه له وللمغبون فقط والظاهر منهما الاول

ودعوى ان هذا ليس فيه تصريح بالاجماع بل الظاهر بيان ما اتفقت عليه الامامية يدفعه ان للمخالفين قولين في ذلك

مع ان الخلاف منسوب الى ظاهره

ولا الى اقلام من اجماع المتأخرين

ولا الى استبعاد عدم نقل الشيخ عليه الاجماع في الخلاف مع ان عادته نقل الاجماع في الخلاف

سحت وعن ميسر عن ابي عبد الله عليه السلام قال غبن المؤمن حرام وفي
رواية اخرى لا يغبن المسترسل فان غبنه لا يحل وفي مجمع
البحرين والاسترسال الاستيناس والطمأنينة الى الانسان
والثقة به فيما يحدثه واصله السكون والثبات ومنه
الحديث ايما مسلم استرسل الى مسلم فغبنه فهو كذا
ومنه غبن المسترسل سحت انتهى وظاهره وجود حديث
رابع على ما ذكرناه ويستدل ايضا لما ورد في تلقي الركبان [مشطوب]
بحديث الضرر والضرار وبقوله تعالى الا ان تكون تجارة
عن تراض وبقوله عليه السلام لا يحل مال امرئ الا بطيب نفسه
وبما دل على حرمة الغش والبخس وباخبار التلقي مع
التصفح للعلة كما في المختلف وما ورد في باب التلقي من انهم
يتخيرون اذا غبنوا [illegible] [مشطوب]
[illegible] [مشطوب]
[illegible] وقد يقال ان جميع ما استدل
به مدخول اما الروايات الاولى فمبنية على الاستدلال بها ان
الغبن في كلامهم الضرر من جهة القيمة وهو في الشرع الخدع
باقيا على معناه اللغوي ولم يثبت النقل فهو اخص من المدعى
وكذا تخصيصه بالمسترسل وهو الذي يعتمد عليك مع ان حملهم
على ان التحريم متعلق بالخدع وهو خارج عن المعاملة وعلى
تقدير دخوله فهو قاض بالفساد لا بالخيار وما فيه ان
غبن المسترسل سحت فغبنه ما مر سوى ان السحت ظاهر
في حرمة المال وقد يقال ان حرمة التصرف لا تمنع

وفي بعض الروايات وهو الذي استرسل اليك امره واعتمد عليك

ولو علم المغبون لم يرض

والنهي عن اكل مال الغير بالباطل

ان الركبان اذا غبنوا [illegible] والنهي عن [illegible]

من الملك كالمفلس ونحوه وفيه ان التحريم من كل وجه يلغي تمرة

الملك والمفلس له نوع من بعض الوجوه واما خبر لا ضرر ولا

ضرار ففيه انه اما ان يراد النفي فيها فيكون كذبا واما ان

يراد النهي فيها فيتعلق بجارحة المعامل [illegible]

[illegible] على انه لو تعلق بالداخل

افاد الفساد لا الخيار على ان الضرار انما هو القاصد لذلك

فيكون مدلسا وهو اخص او مغاير ولو اختلفت الارادة

فكذلك على ان هذه الرواية غير معمول بها على عمومها في اثبات الخيار

عند الاصحاب والا لا ثبت خيارات لا يثبتونها [illegible]

~~يراد الاول [illegible]~~

~~[illegible] الجهاد والحج والصوم [illegible]~~

~~[illegible]~~

~~[illegible]~~

~~[illegible]~~

~~[illegible]~~

~~[illegible] انا نقول ان حكم الضرر [illegible]~~

~~على [illegible] الخيار [illegible] الحكم فيه [illegible]~~

~~[illegible]~~

~~على ذلك يقضي بالفساد~~ بالخيار واما الاستدلال بقوله

الا ان تكون تجارة عن تراض وبرواية لا اكل وفيه

النهي عن اكل مال الغير بالباطل مما عساه ان المغبون لم يعلم ولو علم ما اقدم

فهي من شبهها او نحوها

والخيار ومنها

الرامي الداخل

فيه ان كل من اشترى شيئا وقد سبقه علامه لشرائه او
او دلله او زعم خلوّ بيته من علم العدم لو علم سابقا ما اشترى
ونحو ذلك واما ما دل على حرمة الغش والنجش فيتوجه عليه
ما توجه على الروايات الاولى واما اخبار التلقي فليس
فيها نص على العلة وانما تستنبط منها العلة استنباطا و
العلة المستنبطة ليست من مذهبنا واما رواية منجبر ون اذا
غبنوا فالذي في التهذيب الخلاف والغنية والتذكرة ان
الرواية خالية من ذكر اذا غبنوا انهم قالوا انما ذلك في
النهي للغبن فهو بين بل لا تصريح مع ان الرواية مرسلة
ولا يعلم الراوي مع ان الغبن بناء على بقائه على معناه يتوقف
مع خيار التدليس والذي تقتضيه القواعد لزوم العقد
هنا وانت خبير بان الظ ثبوت الحقيقة الشرعية في الغبن
وعلى تقدير عدم الثبوت ففهم الاصحاب [illegible] كما يجيء
السند يورث المظنة في الدلالة لانهم اقرب عهدا وادرى
بمواقع الالفاظ وتنزيلهم الغبن على المعنى المصطلح عندهم يورث
حصول المظنة بالدلالة من جهة فهمهم فالروايات مجبورة
سندا ودلالة بالشهرة المحصلة والمنقولة بل بالاجماعات
المنقولة بل الاجماع محصل كما عرفت واما استنادهم
الى حديث الضرر كشف عن ان المراد ضرر خاص كشف عنه
الشارع وانه ليس كل ضرر معتبرا والظ ان المراد به
النفي كتضائره لا النهي ولا يلزم الكذب لان المعنى انه لا
ضرر في الشريعة وفي التكاليف الشرعية ابتداء ولا وضعا فيها

مع احتمال كون العلة انما هي التلقي

ان لم نقل انه في الظ ان المعنى لغوي [illegible] او حقيقة عرفية عامة

الكتب

وخلو ما تقدم عن ذكر اذا غبنوا لا يعارض المثبت لو كان ثابتا فكيف مع عدم الذكر [illegible] معنى [illegible] او لا يحمل معنى عدم [illegible] بالخيار وانه

لو فسخ ولم يدفع اليه [illegible] بالنسبة

بالنسبة الى ما يتعلق بتكاليف المخلوقين بعضهم مع بعض بمعنى
ان الشارع لم يشرع جواز ان يضر بعض المخلوقين بعضا وتحقيق
ان الاول توطئة للثاني والضرر بالجهاد والحج والصوم مثلا
يدفعه انه في مقابلة ما يترتب عليه من النعيم الابدي ليس من
الضرر بل من النفع كالضرر بالنسبة الى تكليف العبيد بطاعة
الموالي وتكليف الاولياء بحفظ المولى عليهم ونحو ذلك
فانه يندفع بان المتبادر من الضرار ما لم يكن مقرونا بمصلحة
وبحكم ... العامل ... على انا نقول ان حكم الضرر
والضرار لا يجري على الفاعل المختار وكلها راجعة الى حكمه واما المراد
بالضرر الى المخلوقين فان قلت ان نفي الضرر يتحقق بفساد العقد
وبالخيار فباي شيء تعين الخيار قلت لا ريب ان مقتضى الجمع
بين هو دليل صحة العقد ودليل ... نفي ... يقتضي تعين الخيار فتامل
وقد عرفت ان المدار على الضرر الخاص الذي كشف عنه الشارع
وهو منتفي في البايع والمشتري وفي العقود الاخر فلا محيص
عن القول بثبوته في الجميع لان جميع ما ذكر في الاستدلال لا دال العموم
ولان المناط منقح نعم لو قلنا ان المستند الاجماع لا غير اشكل
التعميم وقد صرح بالتعميم في شرح الارشاد للفخر والتنقيح
ايضاح النافع وفي اجارة جامع المقاصد انه يجري في الاجارة
مستندا الى انه من توابع المعاوضات نعم في المهذب البارع
منع من جريانه في الصلح وربما نسب للامام الوسيلة والتحرير
وفصل بعض المتاخرين فقال ان وقع الصلح على معا وضة ثبت
فيه خيار الغبن وان وقع على اسقاط الدعوى قبل ثبوتها ثم
ظهر حقيقة ما ادعاه وكان مغبونا فيه اصالح عنه فلا ضرر ... كذا
... وقع على ما في الذمة وكان مجهولا ثم علم بعد ذلك ...

170

دليل ... بينه ... فان ...

ومثل العقد ... لو ردوا ... دليل لزوم ... ملاحظة من ... ونفي الضرر ... الناس ... بالمعاملات الجارية ... من فتوى الاصحاب ... ونحو ذلك ... ثم يستفاد من ذلك ... ما لو ... كالنكاح والخلع ... والصلح المعوض ... ونحو ذلك فان الصلح المعوض ... كانت ما لو كان ... لا يلزم من شرعيتها العوض ... فتامل

للغير وقد يفصل بين الجهل الذي يبنى شخصه على المسامحة وكان الاقدام على
المعاملة مبنيا على عدم الالتفات الى النقص والزيادة من بيع او صلح
او غيرهما فانه لا يصدق فيه اسم الغبن وبين غيره وهو غير بعيد

قال المصنف وهو ثابت مع الجهالة بالقيمة اذا كان بما لا يتغابن به
غالبا قد اشتمل كلام المصنف على شرطين الاول عدم العلم بالقيمة
قبل الدخول في المعاملة او بعد الدخول قبل التمام او بعد التمام
قبل التملك لتوقفه على القبض في صرف او سلم او اجارة على
القول بالنقل لانه في الجميع يتحقق الاقدام على الناقص ومع
ذلك ينتفي الخيار وما في عبارة الاصحاب من التقييد
بوقت العقد جريا على الغالب لوضوح المراد نعم
العلم السابق مع النسيان حين العقد لا يفيد فالمدار
على ~~حين [illegible]~~ احد الامرين من حين العقد وحين
التملك والظ ان الجهل مقوم للغبن لا شرط خارجي
فالمراد بالشرط في كلامهم شرط اصل تحقق الماهية
وهو شرط لثبوت الحكم والمراد بالجهل المركب وربما
جعل الظن منه اما الجهل البسيط فقد يقال بان فيه
اقداما ولا يسمى غبنا وهو بعيد نعم في صورة الشك
او الظن بالخلاف قد يقال بذلك والظ خلافه
لعموم الدليل ولعدم تحقق الاقدام فانه لو كان عالما
لما اقدم ~~[illegible]~~ وهل
سقوط الخيار بالعلم لانه علامة الرضا او تعبدا للادلة
الظ الثاني والا كان خاصا والدليل عليه الاجماع المنقول
في التذكرة

٣ وعدم ثبوت الخيار للعام للمشتري والبائع في الغبن والتذكرة والقواعد والارشاد و[illegible] والكفاية وصرح بالتعميم ابن حمزة والعلامة في التحرير والصيمري والمصنف في الدروس [illegible] من الشيخ واتباعه [illegible] فالاقتصار على ذكر المشتري في المبسوط والخلاف والسرائر لمكان الغلبة ويرشد الى ذلك استدلالهم باخبار التلقي كالغبن وغيرها وقد تقدم لك اجماع التذكرة تامل في العموم

في التذكرة والمسالك وغيرهما ثم ان علم المالك والوكيل بوقوع

اسم الغبن واما الوكيل فاذا كان على الصفة وحدها فلا يرفع

ومع التفويض يرفع وعلم المالك يرفع ولو جهل الوكيل المطلق

في وجه قوي اقتصارا على المتيقن فيما خالف الاصل ولو اقدم

على نقص لا يبلغ حد الغبن بزعمه فوافق ما فيه الغبن جرى

حكم الغبن له اما لو اقدم على نقص من جهة خاصة فظهر غبنها من غيرها ساوى

له قوي عدم الخيار اما لو زاد عليه او كان مغتفرا في العرف فالاقوى الثبوت

ولا تعتبر القيمة بعد العقد والملك فلو تجددت الزيادة او النقيصة بعدهما

فلا غبن ولا خيار ~~وقد نقل الاجماع في المسالك على ذلك~~

~~بعد العقد~~ هل تعتبر قبل الدخول في العقد ان اتفق اجماعا

بعد الدخول قبل التمام وبعد التمام قبل الملك وجوه

اقواها المعتبر ولا ملازمة بين زمانها وزمان العلم وقد

نقل الاجماع في المسالك على انه لا غبن ولا خيار لو تجددت النقيصة

او الزيادة بعد العقد ولعل المراد زمان الملك جريا على الغالب

واحتمال ما قبل الدخول في العقد غير بعيد وقوفا عند ظاهر كلمات

الاصحاب وفي اختلاف السوق والمقومين يقدم الراجح

ومع التعادل الاخبار ويثبت بتقويم عدلين دون العدل

الواحد ويأتي تحقيق جميع ذلك في باب العيب وتستمع [illegible]

باعتراف المغابن وبالبينة ان انكره ولا يثبت بقوله مع يمينه مع

عدم امكانها في حقه وفي ثبوتها بذلك مع الامارات قولان من

استصحاب لزوم العقد ومن اصل [illegible] عدم العلم وكونها

والمدار فيهما على زمان العقد ومكانه

فاعلم الامور الخفية غالبا فلا يطلع عليها الا من جهته ظ ونقل
[illegible] استظهره في المسالك وقواه في الرياض ونفى عنه البعد في
جامع المقاصد ومال اليه في تعليق الارشاد
وهو الاقوى [illegible]
[illegible]
ان [illegible] الشرط الثاني
الزيادة والنقيصة الفاحشة التي [illegible] الاول
والاجماع على الظ ولعدم صدق الغبن بدونها كصورة العلم او نقص
ولكن لا ينصرف اليه اطلاق الدليل والمراد بالفاحشة التي
لا يتغابن فيها عادة اذ لا تقدير لها شرعا فيه
ذلك شأنه يرجع فيه الى العادة وفي التذكرة لا تقدير
للغبن شرعا وما ذلك شأنه يرجع فيه الى العادة
وهي تختلف فالدرهم بل الخمسة من المائة ليس غبنا ومن
العشرة غبن وهكذا وطريق معرفته ظ لانه يمكن اقامة
البينة على القيمة فيناط بها [illegible] بخلاف بعض صور
الاول [illegible] ولا يسقط ببذل الغابن كما في
الدروس وغاية المرام والمهذب البارع وجامع المقاصد
وتعليق الارشاد والمسالك والشرح ومجمع البرهان [illegible]
الى الاستصحاب من غير فرق بين ان يكون المستند لهذا
الخيار الاجماع او حديث الضرار وغيرهما فان ثبوته بالاجماع
تقتضي استصحابه [illegible] ولا ينافي ثبوته بالاجماع وقوع
الخلاف فيه في محل الفرض فانه يتمسك في محل الخلاف
بالاستصحاب على انه لا خلاف وانما هناك اشكال
كالـ

... مع حيث ما دار فيندفع بالبذل او

اما اولا فلان ذلك لا يخرج المعاوضة المشتملة على الغبن

اسما الواقع عليه لانه هبة مستقلة مضمون قبل هبة الغابن

الغابن الخارجية لو يسقط لها الخيار واما ثانيا فلان غرض

المغبون ربما كان عينا عزيزة ذات قيمة فلا يندفع ضرره واما ثالثا

فلان انتفاء الضرر لا يختص في بذل التفاوت بل يكون بالرد ايضا

فدعوى تعينه تحكم ... الوضوح ... واستشكل

في عدم سقوط الخيار في القواعد والتذكرة وحواشي الشهيد

والمفاتيح لما ذكر ولاصل اللزوم فيقتصر فيما خالفه على المتيقن

المجمع عليه والملحق به الضرر وحيث يبذل التفاوت فلا ضرر

ولا اجماع دونه مع ما تقدم ان الدليل غير منحصر بالاجماع والحصر

وحديث الضرر كما عرفت ومثل المسألة ما لو بذل الغابن

بذل المغبون فيه كما في الدروس وغاية المرام والظ انه

ليس في هذه المسألة منافاة لفورية الخيار على القول به

بل تاتي على الوجهين اذ المراد الفورية العرفية فلا منافاة

وفي المسالك والكفاية ان العلامة استشكل في ثبوت الخيار

لو بذل الغابن التفاوت مع دعواه الاجماع على ثبوت

الارش به وانت خبير بانه لا منافاة اذ المنفي بالاجماع

اخذه ودفعه على سبيل الاستحقاق فانه لا يجب على الغابن

دفعه ولا يحل للمغبون اخذه لانه لا يستحقه ومحل الاشكال

الاشكال ... القول ببقاء الخيار وان كان المستند دليل الضرر لو قلنا ان دعوى الابناء على ذلك ... الحكم

ومثلها ما لو ... قيمة المبيع قبل العلم بالغبن او بعده قبل الفسخ بما يرفع الغبن الحاصل وقت العقد

ما اذا دفع لا على ذلك الوجه بل في مقابلة ترك الفسخ فهل

يجب على المغبون القبول ولا يجوز له الفسخ والخيار ام لا بل

ذلك منوط بالتراضي فيكون معاملة اخرى ولا ريب

انهما لو اتفقا على اسقاطه بالعوض صح كغيره من الخيار

الا ان يكون الغبن المشتري

وقد اخرجه عن ملكه

كما هو المتداول بين الناس

الظاهر سقوط هذا الخيار بشرط السقوط وبالتصرف

الظاهر منه المرجح وبالجملة اما سقوطه بالشرط

فللعموم وبالاسقاط فلانه حق من الحقوق ولا ينفي

الحال فيه بعد ما بعد حضور الغبن وقبله ودعوى ان

من ثبوت هذا الخيار انما هو بعد الظهور فالاسقاط قبله

اسقاط قبل الثبوت ممنوعة

الاجماع المنقول عليه وظاهر الرواية يتخيرون اذا غبنوا

نعم في اخبار التلقي اذا قدموا السوق تخيروا ولو منا

فيه وعدمه الاصحاب لذلك

السقوط بالتصرف الا على الظهور

ما تقدم له في غيره من الخيار ولهذا

يسقط بالتصرف مقتصرين عليه نعم صرح الصيمري بانه

لا يسقط بذلك بل بنقل العقد والشرط

او شرطا

لو شرط فيه او دفع خيار الرؤية فالظ بطلان العقد للغرر
ثم احتمل صحة اشتراط رفع خيار العين والمحقق الثاني
احتمل صحة اشتراط سقوطه وعدمها ثم استظهر الاول
ومثله في المفاتيح وانت خبير بانه لا محل لعدم الصحة الا
حكاية الغرر وقد عرفت فساده في خيار الرؤية هذا كله
في سقوطه بالمسقط القولي واما سقوطه بالمسقط الفعلي
فاطلق اكثر الاصحاب عدم سقوطه بالتصرف الا في المخرج [illegible] على ذلك
عن الملك او المانع من الرد كالمهم ههنا الا انه قيده بالمشتري ونقل الشهيد
في الارشاد [illegible] وظاهرهم عدم الفرق
في السقوط بالتصرف بين العلم بالخيار وعدمه نعم في مطاوي [illegible] في المسالك
بعض كلماتهم كالمهم ههنا فقد يظهر الاختصاص بصورة الجهل
والظ ان مرادهم ذلك خصوصا بناء على ما هو الاوضح من فورية
هذا الخيار ايضا [illegible] عموم دليل السقوط بالتصرف
نعم بناء على الاقتصار فيه على الموضع الخاص من [illegible] الذي قام فيه
الدليل الخاص كخيار الحيوان وانه لا عموم في دليله كان ذلك
على وفق القاعدة ولكنه احتمال ضعيف كما تقدم واما في
صورة الجهل فان كان السقوط بالتصرف لدلالته على الرضا
كان عدم السقوط به على وفق القاعدة وبناء على الوجوه
الاخر في التصرف والقول بالعموم في دليله فلا بد لاخراج
هذا المقام من دليل يدل عليه بالخصوص والظ قيام
الاجماع عليه وخروجه معلوم النسب لا تعرض فيه فما في
المبسوط والتنقيح من انه لا فرق بين الخيارات في
سقوطها بالتصرف بناء على تحولها لذلك لا ينافي دعوى الاجماع

سقوط ثم ان ظ المصنف عدم الفرق بين ان يكون المتصرف الغابن او في عدم الخيار بالمتصرف المغبون والمغبون بين ان يكون هو البائع او المشتري الى
وهو قسم خاص من تصرف المشتري وهو المخرج عن الملك وهو بالاطلاق
والظ منه مالكا الى التصرف الغابن بايعا او مشتريا اي نوع من التصرف كان لو كان لزوم بالعقد وفيه
وهو المشهور بين الاصحاب وقد صرح به في الدروس وغاية المراد
والمهذب البارع والتنقيح وغاية المرام وجامع المقاصد وتعليق
الارشاد والروضة والمسالك وغيرها لعدم الدليل على السقوط
فيستصحب وضرر المغبون لا يسقط اعتباره بتضرر من لا تقصير
عليه كما هو الشان في سائر الخيارات عنوان تصرف المخرج
عن الملك بعقد لازم او مطلقا ومثله المانع من الرد كالاستيلاد
ونحوه ~~وعليه الاكثر~~ للاصحاب فيه وجوه ثلاثة اطبعها
ولا يسقط الاول مع الاذن الا في العتق لبنائه على التغليب في وجه
عدم جواز مثل هذا التصرف لمنافاته حق الغير وهو مبني على ثبوت الحق وان لم يجئ الغبن للمغبون او على القول بالتبين
او الفورية مع عدم المنافاة الثاني تتبع العقود ببيع الفضولي ومثله التجميع وفيهما
كالشفيع وفي المانع من الرد برده لسبق الحق وفيهما فرض في مثل العتق والوقف الثالث الانتقال الى المثل والقيمة
للزوم عود العين حقيقة او حكما جمعا بين الحقين والاخراج عن الملك ونحوه من التلف
الشرعي وهو كالتلف العقلي وهو اقوى الوجوه ومثله
الاتلاف وان منع منه كما في الوجه الاول ويضعف من
مبنى الاول ~~الكلي~~ جريان الوجهين الاخيرين في تصرف المغبون
ذي الخيار مدعيا عدم الفرق بين المقامين وهو ظاهر
عن الاصحاب وكان الفارق ان ما يخرج ذي الخيار
نفس العقد
لا ثاني الاول من لزوم الضرر
ولا ثاني الثاني من مخالفة الاصل

بنفسه للعقد المخرج عن ملكه لقصر فهو سلطانه بعد ذلك على

نفسه فكان هو المسقط للحق بنفسه بخلاف الاول فتامل والحسن

الكلام ثم في الغابن واحد انما انتقال من اقسام تصرف

المغبون كما سيجي واما المغبون فان كان هو

البايع فظاهر الكلام عدم السقوط بتصرفه بالثمن

المشتري وتشكل الفرق بينهما الا ان يقال

الا ان يكون المغبون المشتري في مقابلة الغابن الذي

هو البايع وهو خلاف الظاهر والبناء لنسبة الفرق الى

المشهور ... فان الظاهر القواعد والتحرير والمدارك

وظاهر الارشاد والمهذب البارع والتنقيح وغاية المرام

وغيرها عدم الفرق في الاستثناء

المقامة ... ذلك وما ذكرهم ... وحيث

ان هذه المسئلة من المسائل الجليلة وحكمها غير مستوفى في كلام

... واما المغبون ... فان كان

هو البايع فظاهر كلام من عدم السقوط بتصرفه بالثمن مطلقا من غير اشكال

بخلاف تصرف المشتري فانه استثنى منه التصرف المخرج عن الملك

اولا ولو بعضه اخيرا وتشكل الفرق بينهما بل هما سواء

بالنسبة الى ذلك في الاسقاط وعدمه الا ان يوجه بقولهم

الا ان يكون المغبون المشتري في مقابلة الغابن الذي هو البايع

والمشهور ... وهو خلاف الظاهر وظاهر الشارحة في الدروس لنسبة الفرق

الى المشهور ونسبه بعض المتاخرين الى اكثر الاصحاب والشهيد ممنوعة

والظاهر ان التقييد في كلام البعض جار على الغالب الا ترى ان

ان جماعة من الاصحاب قيدوا اصل ثبوت هذا الخيار بالمشتري ومنهم

وربما علله به كما لا تحقق في الشرع ومن المعلوم عدم ارادة

العقد بالنسبة الى الاصل وظاهر القواعد والتحرير والتذكرة

والتنقيح والمهذب وغاية المرام وجامع المقاصد عدم

الفرق وفي المسالك قوي اصحابنا عدم الفرق وقال واطلاق جماعة

من الاصحاب الحكم ببطلانه رجوع المغبون بتصرف البائع وتعليلهم

يشمله انتهى وفي جامع المقاصد بالنسبة الى تصرف البائع المغبون

في الثمن بنقله عن الملك لا اعلم في ذلك تصريحا الكن في عبارة

التذكرة ما يقتضي عموم سقوط الخيار هنا بالتصرف اذا كان مخرجا

عن الملك فانه قال ولا يسقط هذا الخيار بتصرف المغبون لو

الاستصحاب الا ان يخرج عن الملك ببيع وعتق وشبهه لعدم

التمكن من استدراكه هنا حينئذ وهو شامل لما قلناه مع احتمال ان

يريد به تصرف المشتري خاصة اذا كان هو المغبون لكن ما يشتمل

به بعينه قائم هنا ايضا انتهى وقد عرفت ان ذلك غير

معصور على التذكرة وحيث ان هذه المسألة من المسائل

الجليلة وسلكها غير مسوق في كلامهم فلا بد من بسط

المقال وتفصيل الحال فنقول قال المصنف ومع تصرف الجاهل

بالغبن فيمكن العقد والزامه بالقيمة او المثل وكذا لو تلفت

العين او استولد الامة لا ريب انه مع التصرف الناقل من

المغبون احتمالات الاول تتبع المغبون وفسخها وقد

وقد يحمل

وقد احتمله الاردبيلي وقيل بعدمه ... الثاني لزوم العقد بسببه
بسبب سقوط الخيار وهو ... الثالث الفسخ
والرجوع الى المثل او القيمة دفعا للضرر ... واقوى الوجوه
الوجه الثاني اعتبارا بما تقدم من عموم دليل السقوط بالتصرف عدا
ما خرج عنه بالنص وهو التصرف الغير الناقل وما حكم حكمه ... فلا
الضرر غير معول به على اطلاقه مع انه هو الذي يسبب الضرر على نفسه
ولا فرق في ذلك بين ان يعود اليه بفسخ او اقالة او موت الولد
او غيرها مع عدم المنافاة للفورية وعدمه خلافا للشارح في الروضة
اذ بعد السقوط لا يعود للاستصحاب وحيث ان هذه المسألة من
المسائل الجليلة وحكمها غير مستوفى في كلامهم فلا بد فيها من بسط
المقال فنقول ان المغبون اما البايع او المشتري والعارض اما تلف
او نقص والتلف اما من البايع او المشتري او منهما او من اجنبي او من
السماء او الآفة ... والنقص اما ... الغابن او من المغبون
او منهما في تمليك عين او منفعة لازم او جائز او منقص او وقف عام
او خاص او تحرير باختيار او تنكيل او سراية او ... او اعداد للتحرير بكتابة
او ولادة او تدبير او تصرف غير معتبر او متغير بالزيادة العينية
كالغرس للارض او الحكمية كالقصارة في الثوب او المشوبة كصبغه او
النقصان عينا او عيبا او وصفا او بالامتزاج المقتضي للشركة
كخلط بالاجود او بالمثل او بالاردى او بما لا يقتضي الشركة
او بغيرها ... نقصان كنصب الفص في الخاتم او بهما معا على وجه
الاضمحلال كالزيت يجعل صابونا ثم اما ان يزول المانع من الرد
قبل الحكم ببطلان الخيار او بعده او لا يزول وهذه جملة
اقسام المسألة ولم يتعرض الشارح منها الا لما اذا كان البايع المغبون
والمشتري معا وهو غير متعقل فيسقط بصوره لان

ع كما سنظهر ان شاء الله وفي خصوص المشتري
واحتمال ان يعود كان مراعى بعدم العود ضعيف
ما تصرف فيه

لأن ... العين في طرف البائع إنما يكون إذا
باع بأقل من القيمة السوقية وفي طرف المشتري بجواز اشترى بأزيد
منها أو لا يساوت الحال بكون الثمن والمثمن من الأثمان
أو العروض أو أحدهما من أحدهما والآخر من الآخر فلا
يتعقل كونهما مغبونين معاً وإلا لزم كون الثمن أقل من
القيمة السوقية وأكثر منها وهو محال [illegible] وجه القول في
هذه الصورة أما بالنظر إلى التلف فإن كان التلف الغابن لما
في يده فسخ المغبون ورجع عليه بالمثل أو القيمة وإن كان لما في يد المغبون
فسخ [illegible] ماله ولو شيء عليه وإن كان التلف المغبون لما في
يد الغابن وقد فسخ دفع مال الغابن [illegible] وإن كان
لما في يده فالظاهر بأنه يجري التصرف اللازم لكون التلف
أقوى من التصرف [illegible] على التلف فيجري فيه الاحتمالات
من الثلاثة المتقدمة والمختار المختار وأما التلف من السماء
ومثله تلف الأجنبي فقد تردد فيه المحقق الثاني من
عدم السقوط ومن عدم التقصير من المشتري فلا يسقط
والأقوى [illegible] عدم السقوط [illegible] بالبقاء الخيار وأما
بالنظر إلى التصرف فإن كان المغبون هو البائع لم يسقط خياره
بتصرف المشتري مطلقاً فإن فسخ ووجد العين باقية على ملكه
لم يتغير تغيراً يوجب زيادة القيمة أخذها وإن وجدها منتقلة
بصفة كالطحن والقصارة فكذلك ولا شيء عليه خلافاً
للشارح فله أجرة عمله جاز [illegible] في الشرح ووافقه في المسالك
[illegible] من البائع [illegible] لاستناد تضييع عمله
إليه ولا مدخلية فيه للبائع فيه ولو زادت قيمة العين شاركه
في الزيادة

في الزيادة بنسبة القيمة وان كان صفة من جهة وعيناً من اخرى كالصبغ صار شريكاً كما مر واولى هنا ولو كانت الزيادة عيناً محضاً كالغرس اخذ المبيع وتخير بين قلع الغرس بالارش وابقائه بالاجرة لانه وضع بحق ولو رضي ببقائه لها واختار المشتري قلعه فالظ انه لا ارش عليه وعليه تسوية الحفر ح ولو كان زرعاً وجب ابقائه الى اوان بلوغه بالاجرة كما في الشرح ويشكل بما سبق من الاصل واستناد ضرره اليه ولا مدخلية للبائع فيه ضرراً ان قسم بحكم الشارع فلا يسقط شيئاً وكذا حديث الضرر غير مسلم الحجية الاحيث يحصل له الجابر وكشأن في حصوله في هذا المقام وان كان هو مذهب الاشهر في باب السقط فيتعين القلع بغير ارش خصوصاً مع علم الغابن بالغبن وان لم يعلم المغبون لانه لاقدامه عليه ح وان وجدها ناقصة اخذها مع ارش النقصان لان مقتضى الخيار رد العوضين على ما كان عليه مع وجودهما والمثل او القيمة مع التلف للكل او البعض خلافاً للث رح في الشرح فيأخذها مجاناً كما لو تعيبت في يده ان شاء وتردد في ذلك الى صورة ما كان نقص بغير تصرف المشتري قال وان كان بفعله فالظ ان له ذلك لانه تصرف في ملكه تصرفاً مأذوناً فيه فلا يتعقبه ضمان انتهى وهو بعيد ولعله يريد بذلك نقص الصفة لا العين ومع ذلك بالنسبة الى الصفة التي تنقص القيمة وخصوصاً فيما جعل الشارع لها ارشاً كما في العيب فانه بعيد ولو وجدها ممتزجة بغيرها فان كان بمساو او اردى صار شريكاً ويتعين عليه دفع الارش بالنسبة الى الثاني بل الى الاول لا يقع لعيب الشركة على اشكال وله الزام بالمثل او القيمة في وجه سيما في التالف وان كان باجود

في سقوط خياره من العين والانتقال الى المثل او القيمة او كونه شريكاً بنسبة القيمة او رجوعه الى الصلح ونحوه اوجه والثالث لا يخلو من قوة لبقاء ماله واصالة بقاء خياره كذا في ملك واما احتمال سقوط خياره بالمرة كما لعله مما يظهر من الشرح فضعيف جدا ولو مزجها بغير الجنس بحيث لا تتميز كالمعدومة ولو وجدها منقلة بعقد لازم فان عقد تمليك قام فيه الاحتمالات السابقة فيها مها والكان وقفا او عتقا قام فيه احتمالان وسقط الثالث كما تقدم الا ان كلامهم في باب الشفعة فيما لو اخذ الشفيع بها ووجد المشتري وقف الارض مسجدا قد بنيا في ذلك ولعل مستندهم هناك سبق حق الشفعة على الوقف وهو جاري فيما نحن فيه الا حيث لا يعلم المغبون بالخيار وقلنا بثبوته نوقف على العلم وقد عرفت ما هو المختار في الجميع من الانتقال الى المثل او القيمة وكذا لو كان التحرير بتنكيل او سراية او اعداد للتحرير والكائن باقياً على ملكه مع عدم امكان الرد كالولادة ثم ان استمر المانع استمر السقوط ولو زال المانع قبل الحكم بالعوض بان رجعت الى ملكه او مات الولد اخذ العين مع احتمال العدم خصوصاً مع المنافات للفور لبطلان حقه بالخروج فلا يعود ويحتمل الفرق بانتقالها بالبيع ونحوه ومانع الاستيلاد فيبطل في الاول دون الثاني لزوال الملك في الاول المبطل للرجوع في العين بخلاف الثاني فان الملك باق وانما منع من الرد مانع وقد زال وفي ذلك وهذا لا يخلو عن قوة ولو كان العود بعد الحكم بالعوض سواء قبضه اولا ففي رجوعه الى العين وجهان من بطلان حقه من العين وكون العوض للحيلولة ويحتمل الفرق بين اخذ العوض وعدمه ولو كان الناقل مما يمكن ابطاله

كالبيع

كالبيع بخيار احتمل التزامه بالفسخ فان امتنع فسخ الحاكم فان تعذر فقيل يفسخ المغبون

وفي المهذب ان له الفسخ مط وهو بعيد ويحتمل عدمه فينتقل الى البدل كما لا لزوم

وان وجد المانع من الرد نقل المنافع على وجه اللزوم كالاجارة والتحبيس حل له الفسخ

وانتظار انقضاء المدة وتصير ملكا من حينه وتظهر الفائدة في ملك ما لا يدخل

في تلك المنفعة المنقول له من حمل او ثمرة او استخدام وعتق ونحوها ويجب عليه الصبر

مجانا حتى تنقضي مدة الاجارة باعتبار ان المنفعة المتجددة وان كانت معدومة

سابقا الا ان الشرع جعلها بحكم الموجودة ولهذا صح العقد عليها وقد استوفاها

بالاجارة فتكون كالمنفعة المستوفاة قبل الفسخ ويحتمل الفرق بين المدة الطويلة

حيث تقوم مقام التلف للعين وغيرها ولا يجوز له تاخير الفسخ حتى

تنقضي المدة على القول بانه للفور مع احتماله لانه تاخير لعذر ويجب عليه

رد العوض عاجلا من حين الفسخ لانتقال العين اليه من حينه ودخوله

على تحمل الصبر ويحتمل العدم لعدم انتفاعه التام بالفسخ فله الانتفاع

بالعوض ومثله يجري في الشفيع اذا اخذها ووجد العين مشغولة بمثل

ذلك ولو وجد المنفعة منقولة بنقل جائز كالسكنى المطلقة فله الفسخ

هذا كله اذا لم يكن تصرف في الثمن تصرفا يمنع من رده والا جاءت الاحتمالات المتقدمة

في التصرف اللازم وقد علمت ما هو المختار منها وان كان المغبون هو المشتري

لم يسقط خياره بتصرف البايع في الثمن مط ويجري فيه الكلام كما في

صورة العكس واما تصرفه فيما غبن فيه فان لم يكن ناقلا عن الملك على وجه

لازم ولا مانعا من الرد فله رده سواء زادها او نقصها او مزجها او اخرجها

وفي الناقل والمانع ما تقدم ومستند ذلك كله الاصحاب فان تم اجماع والا فط

تمامية والا نقص في عدم التصرف المسقط ثم ان الشارح قد فرق بين تصرف العالم
والمغبون بالنسبة الى صورة النقص فحكم في الاول مع وجدانها ناقصة بالاخذ
مجانا وفي الثاني بدفع الارش حيث قال كان النقص او من قبله تعالى وكذا حكم بالنظر
الى الغرس ففي الاول خير المغبون بين القلع بالارش والابقاء بالاجرة وفي الثاني
حكم بالابقاء مع عدم الارش ان لم يرض البايع بالاجرة وكذا حكم في المقام الاول في
صورة خلطه بالاردى بالشركة من دون ارش بخلاف الثاني فقال فيه وفي خلطه
بالاردى الارش وبالاجود فان بذل نسبة فقد انصف والا فاشكال وكان
الفارق بينهما عنده انه في المقام الثاني هو الفاسخ للعقد والفاعل للفعل فيكون
تصرفه قد جاء بسببه وقد اقدم عليه بخلاف الاول وكذا عدم الفرق في الجميع بين
المقامين كما تقدم ثم ان هذا الخيار لا يثبت به ارش اجماعا محصلا ومنقولا عن
كثير مضافا الى ان ثبوت الارش على خلاف القاعدة كتابا وسنة فيفتقر الى الدليل
ولا دليل عليه في المقام وهل هذا الخيار على الفور او التراخي قولان والاصح الاول
كما تقدم في خيار التأخير ولو اشترى عينين بثمنين مع وحدة العقد ايجابا و
قبولا وظهر الغبن في احدهما كان له الفسخ من وجه دون الاخر لتعدد العقد في
الحقيقة وان اتحد بحسب الصورة وليس للبايع الخيار بسبب التبعيض ويجوز للمشتري
الفسخ فيهما معا في وجه اخر اما لو اتحد الثمن لم يكن له الا الفسخ في الجميع سواء اتحدت
العين ام تعددت مع اتحاد البايع او المشتري اما مع تعددهما او تعدد
احدهما مع تعدد العين ووحدتها فالكلام ياتي في خيار العيب قال

المص الثامن خيار العيب لا ريب ان الاصل في جميع الكاينات من جمادات
او نباتات او حيوانات انما تكون على نحو ما غلبت عليه حقيقتها من التمام في

في الذات وعدم النقص في الصفات اجناساً وانواعاً واشخاصاً فرعز فرق بين المبيع ومن
ثم ان وصف كصحيح ليس باخلا في المبيع والا لزم مع ظهور الخلاف البطلان في
المعين ومع الاطلاق يجب طلب السالم ان وجد والا بطل العقد ان حصل الياس
منه وهو خلاف الاتفاق نصاً وفتوى ولولا المبيع ينصرف الى الصحيح كانصراف
المطلق الى الفرد ان بيع بنفسه او بواسطة العقد والا لزم المحذور السابق في
بيع الكليات نعم في المعين بناء على ذلك قد يغلب جانب الاشارة على الوصف
خصوصا ان الوصف غير مصرح به بل المراد بالمبيع الاعم من الصحيح والمعيب
فهما بالنسبة الى صدق اللفظ متساويان ولكن الاقدام ليس الا على الصحيح
للاصل المتقدم باعتبار غلبة الصحيح وهذه الغلبة انما تقضي بندرة الوجود
لا بندرة الاطلاق فانها قد قصد مدلول اللفظ ولكنه توهم الصحيح ولا
عبرة بالتوهم مع القصد الى مدلول اللفظ في الجملة فتامل قال اللمع وهو كلما
زاد عن الخلقة الاصلية او نقص عنها عيناً كان كالاصبع او صفة كالحمى
ولو يوماً البسه في اللمعة الوصية والعارد والوصية العقدة في العود ووجه
المناسبة بين هذا المعنى والمعنى المصطلح ظاهر ويظهر من جماعة من اهل اللغة ان
هذا المعنى العرفي للعيب من المعاني اللغوية ايضاً كما في القاموس والصحاح والمصباح
حيث تركوا تفسيره احالة على العرف قالوا عاب المتاع عيباً من باب سار فهو
عائب وعابه صاحبه فهو معيب ومعيوب وعند الشرع ما زاد او نقص
عن اصل الخلقة كما في بيع دفع ولس والتحرير والمتن او عن المجرى الطبيعي كما في عد
وكره ود والتنقيح وزاد في عد وكره والتحرير وجامع الشرائع النقص المقتضي لنقص
المالية وفسروا اصل الخلقة والمجرى الطبيعي باكثر النوع الذي يعتبر فيه ذلك ذاتاً وصفتاً

انصرافاً

توهماً

الذي ذكره

الغالبة
العوائد

وعلى العدول عن التعبير بالخلقة الاصلية الى التعبير بالمجرى الطبيعي وهو ما جرت به
لاندراج الامور التي ليست مخلوقة اصلا ككون الضيعة ثقيلة الخراج ومنزل الجنود ونحو
ذلك وعلى التقييد بنقص المالية في كلام البعض لئلا يلزم دخول ما ليس من العيب فيه
كزيادة الشعر الخارج عن العادة في بعض اعضاء الانسان بحيث يزيد في حسنه كما في
الاهداب والحواجب او نقصانه كذلك كما في شعر العانة ونحو ذلك واورد على تقييده
بذلك خروج ما اجمع على كونه من العيوب مع ايجابه زيادة المال كالخصي وكذا عدم
شعر الركب الذي هو مورد الرواية والمراد به منبت شعر العانة كما في مجمع البحرين
واجيب بان المراد ما كان موجبا للنقص للمال عند التجار كما قيل به في التحرير
وجامع الشرائع ولا ريب في نقص قيمة المجبوب والخصي عند التجار واصحاب الاموال
لعجزهما عن اكثر افعال الفحول من نسل وغيره وانما يرغب اليهما بعض افراد الناس
كالحكام والسلاطين لرؤية نسائهم ودخولهما عليهن وهذا نفع الغالب صح
منفعته وجعل ذلك النقص وما ترتب عليه جزاما مر ان المعتبر النقص المالي اعم
من ان يكون سببا لنقص القيمة ام لا وما في عرفنا ان في هذا المال نقصانا بحسب
ذاته ولا ينفيه زيادة القيمة من جهة اخرى فان القيمة ليست جزءا من المبيع ولذا
يتخير المغبون بين الامضاء مجانا والرد والغاصب لا يضمن القيمة السوقية الى غير
ذلك بخلاف المال فان نقصه نقص جزء من المبيع والتحقيق الحوالة في العيب الى العرف
وان تعاريف الاصحاب له من قبيل التعاريف اللفظية للكشف عن العرف و
من هنا اختلف عموما وخصوصا وتقييدا وعدمه واما ما ورد في بعض الروايات
في تفسيره فليس لبيان المعنى الشرعي لا بطريق الحقيقة ولا المجاز كما في قصة ابن ابي ليلى
مع محمد بن مسلم حيث روى له كل ما كان في اصل الخلقة فزاد او نقص فهو عيب للباب

الكشف عن المعنى العرفي. ايضاً لان الموضوعات العرفية الحقيقية قد يكشف عنها الشرع كما يكشف
عن الموضوعات الشرعية ولولا ذلك لاشكل التمسك بهذه الضابطة لعدم اطرادها
في اقسام العيوب ودعوى استفادتها من دلالة الايماء او تنقيح المناط بعيد كدعوى الذي
نقوله ممنوعة وعدم انعكاسها ايضاً مع انه قد يظهر منها ان المراد خصوص الزيادة و
النقص الطارئين على اصل الخلقة ولا قائل به فتأمل والحاصل ان الزيادة والنقيصة
قد تكون عيباً في الجنس كزيادة عضو في الحيوان وقد تكون في خصوص النوع كزيادة
العوز وعدمها كالممسوح وعدم الشعر على الركب في نوع الانسان وقد تكون
في خصوص الصنف كزيادة اللحية في الرجل ونقصان شعر الراس في المرأة فالعيب
يختلف اشد الاختلاف بالنسبة الى الاجناس والانواع والاصناف فالعمى والعور
العرج والعور والمرض مشترك بين انواع الحيوان والحول والخرس والثيبوبة
والسواد في وجه ونحوها من خصائص الانسان وقلة الاكل والرعي
من خصائص الحيوان وقد يكون العيب لعضو صغير في بدن الكبير والكبير وحدها
في بدن الصغير وقد يكون له دخل بالخلقة وقد لا يكون كالاختلاف بكون العبد
سارقاً او زانياً او ابقاً او ممكناً من نفسه ونحو ذلك ثم ان عيبية زيادة كمية
عيباً على الاطلاق فلا وجه له اذ زيادة القرن او كثرة شعر اللحية او غيرها
ليست من المعايب ونقصان كغرن ونحوه كذلك وزيادة الصفة مستحسنة كالوسم و
نحوه وغير مستحسنة كالخضاب ونحوه كالسمن وزيادة الصفة في الصبغ قد تكون
عيباً كما اذا اخرجته عن صفة الحمرة الى قرب السواد مثلاً او بالعكس في مقام
الغرض وقد تكون محسنة وكذا يكون نقص الصفة فيها وكذا زيادة كمية
فيها كالبصل والنقش ونحوها ففي الحقيقة لا يمكن الرجوع فيها الا الى العرف

باعتبار صح

او زيادة صح

لعدم امكان الضبط والاقتصار على مورد الاجماعات المنقولة على بعض الافراد مخالف
للاجماع وحرج فاقتضى ان العرف عيبا حكمنا به وما شك فيه يرجع الى القاعدة من عدم
ثبوت الخيار والارش كما سيأتي والظاهر ملازمة الصدق العرفي للعيب لنقصان القيمة و
لهذا اثبت الاصحاب الارش في كل معيب قال المص فللمشتري الخيار مع الجهل بين
الرد والارش ليس مستند هذا الخيار دخوله تحت خيار الاشتراط باعتبار ان الصحة
اخذت شرطا ضمنيا وذلك لان الشرط الضمني المعتبر هو المراد من اللفظ على جهة
الشرطية المدلول عليها بالقرينة الحالية او المقالية وليس هذا كذلك ولا اقل من الشك
والاصل عدم الاشتراط مع ان الشرط الضمني محل خلاف وهذا الخيار محل وفاق على
انه بناء على ذلك يكون له الرد فقط لا التخيير بينه وبين الارش وكون اشتراط الصحة
مع التصريح لا يفيد الا مجرد التأكيد لا يقتضي بذلك وربما قيل ان فائدة اشتراط
الصحة جواز الفسخ وان تصرف لو ظهر عيب فيفيد فائدة زائدة على الاطلاق ولا
مستنده دخوله تحت باب التبعيض فيكون الارش على وفق القاعدة باعتبار ان الاصل
في نقص كل صفة استحقاق الارش وليس المراد بذلك وصف الصحة فقد
تقدم فساده بل صفة المبيع لانها كجزء من المبيع مثلا وقد ظهر عدمه فيقسط الثمن
تقسيط تبعيض الصفقة وذلك فان المقابل انما هو العين وهذه اضافة
خارجة عن العوضين ثم في العيب المنقص للعين قد يتأتى فيه ذلك ولكن نقطع
عدم اجتماع الخيارين العيب والتبعيض لان الاول مبني على حصول تمام المبيع ونقص
بعض الاجزاء لا يقدح فيه مما ليس بازائه شيء من الثمن والثاني على عدمه واحتمال التفكيك بينهما
وان ثبوت اصل الخيار للشرط او للوصف وثبوت الارش للدليل لا وجه له النص
ولا مستنده حديث الضرر والضرار فان حديث الضرر بمجرده لا يفيد شيئا بل هو من المجملات

ثبوت خ

ثبت الضرر على نفسه باقدامه وكان عليه الفحص والتفتيش على ان الضرر يندفع
بالرد فقط بل هو خيار مستقل ومستنده الدليل الخاص من الاجماع المحصل
على الظاهر والمنقول عن الخلاف والغنية والرياض وظاهر التذكرة والكفاية
ومجمع البرهان واخبار الفرقة المرسلة في الخلاف وعدم الخلاف المشعر بها الرياض في
ذلك وما في الفقه الرضوي من قوله ان خرج في السلعة عيب وعلم المشتري
فالخيار اليه ان شاء اخذه او رده عليه بالقيمة ارش العيب وقال بعض المتاخرين

ردّه وان شاء ح

ان او زيادة مكان الواو والعمدة في الدليل الاجماع ويحمل دليل الضرر مؤيدا فان
رواية الفقه عندنا لم يثبت كونها من الروايات حتى تجبر بالجوابر كما تقرر في محله
وقد استدل في التذكرة على المسألة بما رواه الجمهور من ان رجلا اشترى غلاما
في زمان رسول الله صلى الله عليه واله وكان عنده ما شاء الله ثم رده من عيب وجده به ونقول
احدهما عليهم السلام في مرسل جميل في الرجل يشتري الثوب او المتاع فيجد فيه عيبا قال
ان كان قائما بعينه رده على صاحبه واخذ الثمن وان كان الثوب قد قطع او خيط او صبغ
رجع بنقصان العيب وفي افادتها المطلوب نظر اما النبوي فخال عن الارش
بالكلية مع ان الظاهر منه جواز الرد بعد التصرف في الجملة اذ يبعد ان يكون عنده الى
ما شاء الله ولا يستخدمونه بشيء اصلا مع انا قد نفصح واما رواية جميل فقد دلت
على جواز الرد ما دام باقيا وان تصرف فيه الا ان يكون ثوبا وقد تصرف فيه باحد
التصرفات المذكورة فانه يرجع بالارش وذلك لا يتم على ما قرروه في مسائل
الباب فالحاصل ان روايات الباب جميعها خالية عن ذكر الارش بالنحو الذي ذكره الاصحاب
وانما ذكر فيها الرد فقط او الارش بعد التصرف المانع من الرد فقط او هما وليس
في شيء منها ما يدل على ثبوت الارش قبل التصرف لا مستقلا ولا مع الرد فليس المستند

الا الاجماع محصله ومنقوله كما عرفت فان قلت يلزم على ذلك الجمود على مورد الاجماع
من خصوص البيع وخصوص المشتري ولا تقولون به قلنا اما بالنسبة الى الثمن
فالظاهر انعقاد الاجماع عليه كالمثمن مع تساويهما في اغلب الاحكام مع ان المناط
منقح لاتحاد الطريق واما بالنسبة الى العقود الاخر فلا يبعد دعوى الاجماع في
ذلك ايضا وتنقيح المناط ولكنه لا يخلو من اشكال ثم ان اعتبار الارش فيما لو
كان العيب منقصا للقيمة لا اشكال فيه اما كان قيمة المعيب مساوية لقيمة
السالم او ازيد كما في المجبوب او الخصي فمحل كلام قال في جامع المقاصد وفي اخذ
الارش فيهما اشكال منشأه عدم الاطلاع على قدر نقص القيمة واستشكله
ايضا في التذكرة وحواشي الشهيد باعتبار عدم تحقق النقص في المالية واحتمل في
الدروس والمسالك سقوط الارش وبقاء الرد قال ويشكل مع حصول مانع
من الرد لحدوث عيب او تصرف فان الصبر على العيب ضرر والرد اضرار د
قال في مجمع البرهان ينبغي التأمل في الدليل الموجب للرد والارش فان كان بحيث
يشمل العيب الذي تزيد به القيمة لزم ذلك والا فما ذكر من سقوط الارش جيد
ثم ينظر في دليل جواز الرد كذلك فان شمله والا فلا انتهى بالحصر ليس بعيب
والتحقيق ان الخصاء والجب يوجبان نقصا ماليا كما تقدم وطريق معرفة ارشه
قطع النظر عن زيادة القيمة فيفرض عبدا مسلوب المنفعة المترتبة على تلك
القطعة من القابلية للنسل والقدرة على ما تقدر عليه الفحول من الاعمال الاخر
فيقوم كذلك ويقوم صحيحا ويؤخذ بالنسبة فان قلت يلزم الظلم على البائع لتضرره
قلنا ان كان عالما فهو قد اقدم على الضرر بنفسه فلا اعتبار لضرره وان كان
جاهلا فتدريه يثبوت الخيار له فلا ضرر عليه مع ان زيادة القيمة في المقام قد ترتبت

على منفعة الغاها الشرع وحرمها وحرم الفعل الذي نشأت منه فلا حكم لها على ان
ضرر البائع معارض بضرر المشتري حيث لا يمكنه الرد لحدوث عيب وتصرف ويشهد
لما ذكرنا حكم الاصحاب في باب الغصب بانه لو خصى الغاصب العبد كان عليه كمال القيمة ورده
قال المص وهو مثل نسبة التفاوت بين القيمتين من الثمن اعلم ان الارش
يطلق على معان منها نقص القيمة لجناية الانسان على عبد غيره في غير المقدر الشرعي
ومنها ثمن التالف المقدر شرعا بالجناية كقطع يد العبد ومنها اكثر الامرين من المقدر
الشرعي والارش وهو ما تلف تحت يد الغاصب والمراد به في هذا المقام اصطلاحا
مقدار جزء من الثمن نسبته اليه كنسبة نقص قيمة المعيب الى قيمة الصحيح بان يقوم
المعيب صحيحا ومعيبا ويوخذ من الثمن مثل تلك النسبة لا تفاوت ما بين الصحيح والمعيب
لان الارش على خلاف القاعدة فيقتصر فيه على المتيقن ولان المدار في النقصان
على ما اقدم عليه من القيمة لا على ما اقدم عليه ولانه قد يحيط بالثمن او يزيد عليه
فيلزم اخذ العوض والمعوض وقد نهى عنه النبي ص بقوله لا يجمع بين العوض والمعوض
لواحد وقال ابن ادريس هذا مما يغلط فيه بعض الفقهاء فيوجبون الارش
بين القيمتين وكانه عنى المفيد في المقنعة حيث قال يقوم الشيء صحيحا ويقوم
معيبا ويرجع على البائع بقدر ما بين الثمنين ونحو ما في النهاية وما حكي
عن والد الصدوق وهم قد تبعوا في ذلك ظواهر النصوص كصحيحة محمد بن مسلم
وغيرها والنصوص وكلامهم منزل على الغالب من شراء الشيء بقيمته لتخصيصهم الارش
بالمشتري مع انه قد يكون للبائع كان فسخ بخيار بعد تعيبه في يد المشتري
عيبا مضمونا فان البائع حينئذ لا ياخذ من الثمن بل ياخذ تفاوت ما بين
القيمتين والا فكيف يخفى مثل ذلك على هؤلاء المشايخ العظام ويدل على كلامهم

على نحو من الحذف والتقدير اتكالا على وضوح المراد ثم ان تقييم تقويمه في الغالب ليس المدار فيه على القيمة حال العقد ولا على اقل الامرين من حال العقد وحال التملك بل المدار على حال التملك ويختلف الحال في مثل السلم والصرف مما شرط الملك فيه القبض والاجازة في الفضولي بناء على النقل وذلك فان وقت استحقاق الارش وقت الدخول في الملك وكل من قال بان المدار على وقت العقد اراد ذلك جريا على الغالب كالمصنف ره في الحواشي والشارح في المسالك والمحقق الثاني والمقدس الاردبيلي وغيرهم وقيل ان المدار على حين القبض والمراد به غير ما هو شرط في الملك وهو خيرة الشيخ ره على ما نقل عنه في التحرير لانه يوم دخول المبيع في ضمانه وحين استقرار الملك اذ المبيع في معرض الانفساخ لو حصل التلف وفيه انه لا دخل لذلك في اعتبار القيمة حينئذ واحتمل في القواعد ويلوح من الايضاح الميل اليه اعتبار اقل الثمنين منها لان القيمة ان كانت يوم الملك اقل فالزيادة

حدثت في ملك المشتري ولو في يوم الملك يوم الاستحقاق وان كان يوم القبض افل فالنقص من ضمان البائع لو نه وقت الاستقرار وضعفه ظ واعتبار حال التقويم او التسليم او المطالبة او الاعلى على اختلاف
ثم ان الارش حيث يثبت ان كان الثمن في ذمة المشتري بعد بري
وجوهه لا وجه له
من قدر الارش عن طلبه وان كان قد سلمه وهو باق في يد البائع
فالاقرب انه لا يتعين حق المشتري فيه لانه غرامة والظ ان الارش
عنوان آخر في المبيع والثمن اذ لا يتعدد بالكذلك من بنده بيعه
مثلا لم يف باعطاء الارش ولو دخل لزمت الجهالة لا سيما في
ارش الارش وهكذا ومن هنا لا يجري عليه حكم الصرف من
اشتراط القبض في المجلس نعم يثبت فيه الربا اعتبارا ان الربا يعم
على الظ كلما استند الى البيع ولو على طريق التسبب فالا المقوم
ولو تعددت القيم احدث قيمة واحدة مساوية النسبة الى الجميع من انقيمين بعضها ومن جنس
التعدد اما ان يكون بالتوارد على شخص واحد او على اشخاص
متماثلة هو احدها او خارج عنها واكتفى بها عنه او كان
سبب الاختلاف الاختلاف في الحقيقة كالاختلاف في
ان السيف خراساني او هندي والفرس نجيب او برذون
وهكذا ثم الاختلاف اما ان يكون مستندا الى مامر او الى
زمان او مكان او خصوص بايع او مشتري من جالب
وعنص وتاجر وغيره وهكذا او واسطة والظ ملاحظة
الجميع ثم ان باب التقويم ربما يكون بالاخبار عن القيمة
السوقية الموجودة في الخارج وهو من باب الخبر والشهادة
فلا يثبت من العدالة والتعدد ولا يكتفى فيه بخبر العدل الواحد

ومرة يكون بطريق الحدس والاجتهاد وهو المراد في المقام

فلو هذا كالاخبار ... فيعتبر فيه التعدد والتعديل كما ذكرها

ويلزم مثله اذا في الوزان وصاحب الميزان وصاحب

العيار والى غير ذلك فيوخذ بالعدل ثم مع التعارض

بالاعدل ثم الاكثر وفي تقديم الاعدل او الاكثر كلام

او انه ليس من باب الشهادة بل هو من قبيل الرجوع

الى الطبيب في المرض ونحو ذلك فيكتفى فيه

بالواحد المامون مع كونه من اهل الخبرة والاجود الاول

اقتصارا فيما خالف الاصل على المتيقن مع انطباق تعريف

الشهادة عليه فيشترط في المقوم العدالة والمعرفة والتعدد

والذكورة وارتفاع التهمة كما نص عليه ... في المسالك

والمحقق الثاني ومع اختلاف المقومين فلمس ... ومع التعادل

من كل وصف يقوم فيه وجوه احدها الاخذ بالاوسط لانه المتيقن

عليه وما عداه يبطل بعضه بعضا فيتساقط وفيه ان الاقل اخذ لم

يشترط له والبواقي شرط شيء لم يحصل الاتفاق بل حصول القيم

الباقية ينفي الاقل فلا ... تاليها الاخذ بالاكثر

نظرا الى ... اصالة بقاء شغل الذمة بالارش

حتى يحصل اليقين وفي اعطاء الاكثر حصول ذلك وفيه انه

من التكليف بالمحل لا التكليف بالمحل والاصل براءة الذمة

مما زاد على الاقل لانه المتيقن ثالثها الاخذ بالاوسط فانه

يكون اوسط لانه ليس بعيدا عن احدهما فكانه عمل بكل منهما في

الجملة بخلاف كل من الطرفين حيث انه بعيد عن صاحبه وفيه

انها ضميمة استحسانية لا تصلح لاثبات الحكم الشرعي مع ان

مع ان الاصل براءة ذمته على تقدير استحقاقه وربما كان عليه الاصحاب في النذر والعهد والغرامة وفي الغصب واختلاف المقومين في الجرم وغير ذلك من المقامات

... مع ان هذا مع ... من يتفق عليه واما من يستحقه والاصل عدم استحقاق الزائد والمتيقن حصة الاول

كما ... والاخبار بالتقويم ... النقص ... ويمكن القول بعدم ... بالتقويم في الصحيح والمعيب ... الصحيح ... عن ... والتقويم ...

كلا من الطرفين ينفي ذلك رابعها التخيير لاخذ الارش او دافعه كما في الدليلين المتعارضين
وفيه لزوم معارضة حق الغير بالنسبة الى ما نحن فيه في الاول بخلاف الدليلين
على ان التخيير حكم شرعي يفتقر الى الدليل وقد دل عليه الدليل هناك دون ما
نحن فيه خامسها القرعة فانها لكل امر مشكل وفيه انها انما تجري في المعلوم
واقعا المشتبه ظاهرا وههنا الاشتباه في المقامين لاحتمال ان تكون القيمة
الواقعية عند الجميع وايضا قد لا يستقر للشيء قيمة في نفس الامر فتكون قيم المقومين
هي القيمة الواقعية مع ان موردها عدم الطريق وسيأتي الطريق الرافع للاشكال سادسها
الصلح مع الاجبار وهو منوط بنظر الحاكم وفيه ان ذلك له مقامات خاصة
وليس هذا المقام منها مع ان موردها بعد فقد طرق التخلص الآتية وسيأتي طريق
التخلص سابعها سقوط الارش والتخيير بين الرد والرضا بالمعيب وهو اضعف
الاحتمالات لمنافاته لاستصحاب بقائه بل الاجماع على خلافه وتعدد القيم [illegible]
بقائه لا ينفيه ثامنها التوزيع على النسبة وهو الذي ذكره لهم ويدعم وفيه
انه خرق لاجماع المقومين وطرح للتقويمات باسرها واخذ بغير الحجة والجواب
اما بادعاء ان القيمة المنتزعة من مجموع القيم هي قيمة الشيء بحسب العرف العادة
فنقول عرفا ان هذا الشيء له قيم وان هذه قيمته او حكم تعبدي للاجماع فان ظاهر
الاصحاب الاتفاق على ذلك هنا وباعتبار الرواية الدالة على ذلك التي ذكرها
الاصحاب في كتاب الحج في باب الهدي وامثالها او باعتبار انه لما لم يكن مرجح
لاحد القيم كالخصم فيناد رجحان الاقل والاكثر والاوسط وطرح الجميع
لا وجه له فليس الا الاخذ بالنسبة والاخذ بالنسبة اخذ بالجميع كاليد لشخصين
على مال فانه يحكم بينهما بالمناصفة وهكذا والظاهر ان هذه القيمة المنتزعة ليست

تعذر

علامت صح

الرحمة

خاصة بباب العيب بل عامة لكل مقام يختلف فيه القيم نعم لو قلنا ان المستند فقط امكن التخصيص ثم ان هذه الوجوه بينما مهما عدى الاخير يجري بالنسبة الى المستند السابق فيما اذا تعارضت البينات بالنظر الى القيمة السوقية الموجودة في الخارج واما الوجه الاخير فيتمشى بالنسبة الى ذلك والحكم به في غاية الاشكال والاصحاب لا يظهر منهم ذلك ايضا لكون كلامهم في المسئلة الثانية ولعل الاقوى بالنسبة الى ذلك الاخذ بالاقل وفاقا عند الاصل ثم انه لا فرق في هذه كيفية المتنازعة بين اختلاف المقومين في القيمة الصحيحة و المعيبة معا او في احدهما ولكن لا بد في الثاني اما من تصنيف المتحد او تنصيف المتعدد ان كانت اثنين ونسبة النصف الى المتحد وتثليثها ان كانت ثلاث ونسبة الثلث وهكذا ولا فرق في الاول بين ان تجمع القيم الصحيحة على حدة والمعيبة كذلك وتنسب احدها الى الاخرى وتاخذ تلك النسبة او تجمع القيم الصحيحة حملة وتاخذ نصفها وثلثها وهكذا وتجمع المعيبة كذلك وتاخذ منها كذلك ثم تنسب احدى القيمتين المنتزعتين الى الاخرى وتاخذ من الثمن تلك النسبة فان مفادهما واحد لان النسبة بين المجموعين هي النسبة بين اجزائهما مع اتحاد الاجزاء بالاسم كالنصف مثلا اذ النسبة بين العشرين والخمسة عشر كالنسبة بين العشرة و السبعة ونصف والنسبة بين الستة والثمانية مثلا كالنسبة بين نصفيهما وعبارة المص كما تحتمل هذا الاخير تحتمل ما نسب اليه واختاره صاحب ايضاح النافع من نسبة معيب كل قيمة الى صحيحها وتجمع قدر النسبة وتاخذ من المجتمع بنسبة القيم كالنصف لو

كاملا القيمتين ونصفه لو كانتا ثلثه ثلاثا وهكذا وفي الاكثر يتحد الطريقان وقد يختلفان في يسير
كما نبه عليه الثاني رح والطريق الاول هو المناسب للنص الدال على الارش دون الثاني
مع انه يرد على الثاني ان الجزء الماخوذ من عدد اخر ليس هو ذلك الجزء الماخوذ
من هذا العدد بل شيء اخر ففي مثال القيمتين اذا قالت احدى البينتين ان
قيمته اثني عشر صحيحا وعشرة معيبا وقالت الاخرى ثمانية صحيحا وخمسة معيبا
وكان الثمن اثني عشر موافقا للقيمة الاولى يكون التفاوت بين المعيب والصحيح
السدس وهو اثنان في الاولى وفي الثانية ثلاثة اثمان الثمانية وهو ثلاثة
وثلاثة اثمان الثمانية ليست ثلاثة اثمان كثمن وهو اثني عشر بل يكون ربعه
وهو منشأ الاختلاف ودفعه ان تشخص الجزء الماخوذ لا يوخذ من الثمن
في المقامين والكلي لا يختلف الحال فيه في المقامين قال المص

يسقط بالتصرف او حدوث عيب بعد القبض ويبقى الارش
اقول ان الصور المتصورة في المقام اربعة ثبوت الرد والارش وسقوط الرد دون
الارش وبالعكس وسقوطهما اما الصورة الاولى فظ وقد تقدم الكلام فيها واما الصورة
الثانية فهي محل البحث فنقول يسقط الرد دون الارش بامور الاول التصرف في
ويسقط سقوط الرد به سواء وقع قبل العلم بالعيب او بعده سواء جعلنا القاعدة كسقوط بالتصرف
اولا وسواء قلنا ان التصرف انما يكون امارة الرضا فيختص بالعالم او لا للدليل الخاص في
المقام القاضي بالعموم من الاجماع المنقول عن الغنية والمختلف والتذكرة وشرح الارشاد و
نهج الاسلام وللصحاح المستفيضة وما ورد في بعض الروايات من اطلاق الرد بالعيب
مقيد بذلك وما في الكفاية من ان الاخبار مختصة بالجارية في غير محله فان مرسل جميل صريح
وذاك صريحان في الاطلاق والاخبار المزبورة كما اسقطت الرد بالتصرف مطلقا
اثبتت الارش كك ونقل عليه الاجماع في الغنية وشرح الارشاد وابن [illegible] وكشهرة تحصل فضلا
عن ان تكون منقولة لنقل العلامة في المختلف والمحقق الثاني وغيرهما وفي ط لو التصرف قبل
العلم لم يسقط به الخيار وفي المقنعة والنهاية ان الهبة والتدبير لا يمنعان من الرد لانه
الرجوع فيهما بخلاف العتق والمراد بذلك السقط الظ صورة عدم العلم ولعل منشئه
ان سقوط بالتصرف انما هو لكونه امارة الرضا ولا دلالة له مع الجهل مضافا الى
الاصل وخبر زرارة في الباب حيث حصل فيه العلم قبل الحدث ثم [illegible] عليه
وترده الاجماعات المنقولة واطلاق الروايات ويظهر من خبر زرارة ان المراد انه
لو احدث فيه شيئا ثم علم به لم يكن له الخيار لا ان الحدث اذا كان بعد العلم ينفي

ثم انه مقام تحقيق الزيادة ... لا ضرر ... المأخوذ منه الارش والرد فالاول لا ادري بالهيئة المنتزعة باعتبار ظهور استواء العيب فيه دون الثاني فتأمل

الخيار فيستدل بمفهومه على ان الحدث قبله لا ينفعه وعن ابن حمزة في الوسيلة ان التصرف
مانع من الارش ايضا اذا كان بعد العلم بالعيب تمسكا بدلالته على الرضا بالعيب والاصل
واطلاق الاجماعات والروايات حجة عليه ثم ان اطلاق النصوص وكلمات الاصحاب بل معقد الاجماعات
يشمل سائر التصرفات من ناقل وغير ناقل مغيّر للعين او غير مغيّر عاد اليه بعد خروجه عن ملكه او لا
مع العلم وعدمه ومع الجهل بالحكم وعدمه مع الاختيار او الاضطرار الى غير ذلك من الصور التي
مرّ ذكرها في باب التصرف من خيار الحيوان ولا يبعد هذا الحكم الى الانتفاع اذا لم يصدق عليه
التصرف على اشكال ولا يستثنى من سقوط الرد بالتصرف في المقام الا امران احدهما
المصراة حيث تكون التصرية عيبا كما اذا كان نقص اللبن متجاوزا الحد بحيث يكون
مخالفا للعادة العامة والا فهو مستثنى من خيار الوصف بالتصرف في بعض الصور
وسيجيء البحث فيها الثاني ما اذا اشترى امة ثم وطئها ثم ظهر انها كانت حاملا فانه له
الرد ومن المعلوم ان الوطي تصرف والحمل عيب لانه زيادة معرضة للتلف ومانعة من
بعض الانتفاعات في الجملة بناء على ما نقل من الشيخ في النهاية وصرح به ابن الجنيد في
في المختلف مشيا عنه وكون الحمل من البايع يكون المسألة على وفق القاعدة فانها
تكون ام ولد ويكون البيع باطلا من اصله ولكنه مخالف لاطلاق فتاوى الاكثر واطلاق
الاجماعات المنقولة والنصوص الصحيحة في ذلك الثاني حدوث العيب وهو لا يخلو
اما ان يكون بين العقد والقبض او بعد القبض والاول لا يسقط به الرد بالعيب
السابق على العقد قولا واحدا الا ان يكون مضمونا على المشتري بل هو سبب ثان للرد
كما يقضي به اطلاق الاجماعات المنقولة على ان للمشتري الرد بالعيب الحادث قبل
القبض نعم خلاف في استحقاق الارش به وعدمه ولعل الاقوى العدم لما عرفت
سابقا من ان الارش على خلاف الاصل فيقتصر منه على المتيقن وهو العيب السابق
على العقد ودعوى تنقيح المناط بينهما للاشتراك في المضمونية لا وجه له لفقد المنقح
والعلة ليست بمنصوصة فلا اعتبار بها ودليل الانفساخ بتلف المبيع قبل
القبض لا يسري الى الصفات لعدم دخولها فيه والضرر العام مندفع بالخيار ولا حاكم
لاعتباره فلا يتوجه ما قيل من ان الزامه باحد هذين اما الفسخ او الالتزام بجميع الثمن
فيه ضرر لازم للعاجز قد يستند الى المعاوضة والا لم يوجد هذا امكان ان النبي في
الخلاف قد نفي فيه الخلاف واما الثاني وهو الواقع بعد القبض فظاهر الاصحاب
الاجماع على سقوط الرد به للعيب السابق وبقاء الارش عدا ما يظهر من
المقنعة حيث قال فان لم يعلم بالعيب حتى حدث فيه عيب اخر كان له ارش العيب المتقدم

دون

دون الحادث ان اختار ذلك وان اختار الرد كان له ذلك ما لم يحدث حدثا انتهى وقد
نقل الاجماع على ذلك في الغنية والسرائر وشرح الارشاد للفخر وفي المبسوط نقل الاجماع على
سقوط الرد به ونفى الخلاف عن ان له الارش ان امتنع البايع من قبوله معيبا وفي الخلاف
الاجماع والاخبار على انه ليس له رده الا ان يرضى البايع بان يقبله ناقصا فيكون له رده وانه يكون
له الارش ان امتنع البايع من قبوله معيبا انتهى وظاهره انه لو قبل البايع الرد لم يكن
للمشتري الارش بالعيب الاول كما نقله عنه في التحرير والدروس ولا ريب ان الارش قد ثبت
فيستصحب بقاؤه ورضى البايع برده مجبورا بالارش او غير مجبور اقصى ما يفيد انه يسوغ
له الرد ويدوم لا يجبر البايع على الرد واخذ الارش للعيب الحادث ولا يتخير المشتري بينه
وبين المطالبة بالارش السابق والاولى تميز من وجود الارش ثم ان العيب الواقع بعد القبض
قد يكون من البايع او المشتري او اجنبي او السماء او المركب من الاثنين والثلاث وعلى كل
حال فالضمان اما على البايع او المشتري والضابط ان العيب ان حدث في يد المضمون عليه
فلا رد له على الركب بل يتعين الارش وان كان الضمان انما على غيره تخير بين الرد والارش
وفي ارش العيب الثاني الوجهان لانه بمنزلة الحادث قبل العقد او قبل القبض لان القبض
الذي لا يستعقب ضمانا كلا قبض وفيما اذا تبعض المبيع يبطل رد المجموع لانه التبعيض على البايع
وهو عيب لو يحب عليه ارتكابه وفيما اذا كان لعارض تبعض صفقة كما لو كان اشترى شيئين
فتلف احدهما ثم ظهر فيهما او في احدهما عيب سابق على العقد فانه يتعين فيه الارش لئلا يتضرر
البايع بالتبعيض لا مقابل له وضرره مجبور بالارش ومما حقق ان مقتضى ما تقدم من خيار العين
من ان الاقوى انه يفسخ صاحب الخيار العقد ويدفع المثل او القيمة مع التلف للكل والبعض
ومع العيب كذلك انهم اما معودون من الارش ولا يحمد على الوجهين فلم لا يقولون به في المقام قلنا
الفرق بين هذا المقام وغيره ان الشارع جعل طريقا اخر لرفع الضرر عن المشتري في هذا المقام
وهو اخذ الارش دون غيره من المقامات فان نقص القيمة كما في العين لا ارش له فلو لم يشرع له
الرد لتسلم مجانا وهو عين الضرر وضرر البايع هناك منجبر بالمثل او القيمة
مع ان الدليل في المقام دال بخصوصه على منع المعيب من الرد والتلف اقوى من
العيب فيدل عليه بالطريق الاولى ومن هنا نقول بالنظر الى الخيار بفوات
الوصف اذا لم يكن عيبا بجواز الرد وان تجدد العيب عند المشتري ثم بالنظر
الى ما اذا كان الطاري فوات وصف لا يتحقق معه اسم العيب وكان السابق
عيبا يقوم الاشكال باعتبار اندفاع ضرر العيب بالارش ولزوم الضرر على البايع
بالرد وباعتبار ان منع الرد بالعيب الحادث على خلاف القاعدة فيقتصر فيه على
المتيقن من العيب وما كان اقوى منه وهو التلف وضرر البايع منجبر بالمثل او القيمة مع احتمال الاقتصار

في ذلك على خصوص العيب للدليل ولعل هذا هو الأقوى ومثل تبعض الصفقة
تعدد المشتري فانه ليس لهما الاختلاف فيطلب أحدهما الأرش والآخر الرد
بل يتفقان كما هو المشهور بين الأصحاب شهرة محصلة ومنقولة عن المختلف
والايضاح والنافع والمسالك والمفاتيح للأصل وان المثبت لهذا الخيار من الاجماع و
النص مختص بحكم التبادر ووقوع الخلاف لغير محل الفرض لمكان الضرر بتبعيض
الصفقة وقال بالتفريق الشيخ أبو علي والشيخ في شركة المبسوط والخلاف والقاضي
والحلي وصاحب البشرى على ما حكي عنهم مستندين الى عموم الدليل وجريانه مجرى
عقدين فيكون الحال كما لو تعدد العقد وثبت الخيار في الباقي للبايع مع جهله
بالتعدد لتبعض الصفقة عليه وقيل بالتفصيل بين ما اذا كان البايع عالما
بالتعدد فالثاني أو جاهلا فالأول باعتبار ان ضرر التبعيض جاء من قبله
حيث باع من اثنين ان كان عالما ومع الجهل بالجهل عذر
خبير بان هذا الكلام كله بناء منهم على ان جواز فسخ بعض العقد وابقاء بعضه بمعنى
تجزيه على وفق القاعدة وانما منشأ الخلاف قضية الضرر بالتبعيض ونحن
نقول انا استفدنا من كلامهم في هذه المقامات وفي باب الاقالة وفي باب شرط
الخيار في البعض الاجماع على ذلك فيها والا فمنعناه باعتبار ان العقد
بسيط لا يقبل التجزئة والأسباب الشرعية كالأسباب العقلية الا فيما قام عليه
الدليل ومعه فلا نفرق الحال في المبيع بين تعدد المشتري أو البايع
أو الثمن ووحدتها نعم بالنظر الى تعدد الايجاب وان اتحد القبول
لا يبعد كونه من المتعدد وكذلك صورة العكس على اشكال وأما
بناء على ما يقولونه من ان العقد بمنزلة عقود وان سبب المنع
في المقام لزوم الضرر بالتبعيض فينبغي بالنظر الى
تعدد البايع عدم التأمل فيه فانه لا تبعيض على المردود
عليه ما خرج عن ملكه كما انه لو كان المشتري
ابتداء واحدا وورثه المتعدد عنه خيار
العيب لا اشكال في وجوب التوافق
كما في القواعد وأما بالنظر الى تعدد الثمن

فلا يبعد جواز التفريق لتعدد الصفقة سواء تعددت العين
او اتحدت الثالث سقوطه باسقاطه مع اختيار الارش او الامضاء بلا ارش
لان جواز الرد حق من الحقوق فيسقط بالاسقاط
الارش اذ لا ملازمة بينهما ويسقط ايضا باشتراط سقوطه مجردا عن الارش
ثم لو اسقط الخيار المطلق او اشترط سقوطه سقطا معا لعدم بقاء اللازم
بدون الملزوم ويجيء الكلام السابق في خيار الغبن فيما لو اسقط هنا قبل
العلم بالعيب من انه اسقاط قبل الثبوت لان خيار العيب لا يثبت
الا بعد العلم به او انه يثبت بنفس العقد وربما ظهر من بعض الروايات
الاول الا ان ظاهر الاصحاب الثاني والسقوط كالابراء لا يشترط فيه العلم
بتحقق الشيء الذي يراد سقوطه ويكفي ثبوته في متن الواقع
فاذا صادفه الاسقاط سقط الرابع ما اذا اشترى من ينعتق عليه
سقط الرد فيه ويبقى الارش لانعتاقه بنفس الملك ويمكن رده
الى التصرف وهل مع الجهل بذلك يعد مثله عيبا فيستحق عليه
الارش بالعيب الثاني ايضا او لا وجهان
حكم بالاول في الدروس واستشكله المحقق الثاني فيما اذا كان قد حلف
عليه وجزم بالثاني العلامة في القواعد وهو الاقوى لعدم عد مثل
ذلك عيبا الصورة الخامسة سقوط الارش دون الرد وقد فرضها
جماعة من الاصحاب في مثل الخصي والمجبوب وقد تقدم لك
ان الحق ثبوت الارش فيهما ايضا فليستا مما نحن فيه نعم
فيما لو كان المبيع حليا من احد النقدين بمساويه جنسا وقدرا
فوجد المشتري به عيبا قديما وحدث عنده عيب اخر فان للبائع
الارش لاستلزامه زيادة المبيع على الثمن فيلزم الربا والرد مجانا

... ان رضي البائع ومع الارش تنافي لما دل على منع الرد بالعيب الحادث
مع الاضرار بالبائع في الصورة الاولى ولا يجبه الصبر على العيب مجانا
للنص والاجماع على ان العيب القديم في المبيع مضمونة للمشتري على البائع
فكيف يسقط هنا فليس الا الفسخ والزام المشتري بقيمته من غير الجنس
معيبا بالقديم سليما عن الجديد ولا يمكن الجمع بين حق كل من البائع والمشتري
الا بذلك واثني بذلك في القواعد وقواه الشهيد في حواشيها والمحقق الثاني
ولكن قال في الدروس انه فيه تقدير الموجود معدوما وهو خلاف الاصل
واحتمل في القواعد رد المعيب مع الارش مع رضا البائع اذا فسخ المشتري
ولا ربا فان الربا في المعاوضات لا في الضمانات وهذا كالمأخوذ بالسوم
اذا تجدد العيب بيد المستام وكانت العين ربوية وضعف الاحتمال يزيد على
الاول لان الاول مبني على الاستحقاق وهذا على التراضي ولا كلام
فيه باي نحو وقع وهناك احتمال ثالث نقله في الجامع عن بعض
اصحابنا وهو ان يرجع المشتري بارش العيب القديم كما في غير هذه
الصورة والمماثلة في مال الربا انما تشترط في ابتداء العقد وقد حصلت
والارش حق ثبت بعد ذلك فلا يقدح في العقد السابق
وفيه ما تقدم في باب الربا من انه يعم كل ما استند الى العقد
ولو بالسبب وان الاخذ بالارش انما كان لفوات مقابله
المبيع فهو راجع الى العقد السابق [illegible]
[illegible] سقوط الارش دون الرد [illegible]
[illegible] اشتراط سقوطه او اسقاطه بعد ذلك
الصحيح عليه كما تقدم بالنسبة الى الرد فتذكر قال المص ويسقطان بالعلم به قبل
العقد [illegible] هذه الصورة الرابعة وهي سقوطهما
معا اي الرد والارش ويسقطان بامور الاول العلم

بالعيب وسقوطها به هو المشهور بين الاصحاب بل لا نعلم فيه خلافا وفي الرياض نفي الخلاف عنه ويدل عليه بعد الاصل خبر زرارة الذي سمعته انفا فانه دال بمفهومه والمثبت لهذا الخيار من النص والاجماع مختص بغير محل الفرض و الظ ان السقوط به لا لانه علامة الرضا كما قيل والا كان خاصا بل للادلة وفي الحاق الظن او الشك او الوهم القوي او شرط الاستصحاب او علم الوكيل مط او المطلق لا المقيد بنفس التصحيح اشكال والظ عدم الالحاق للاقدام على اصل السلامة من العيب فلا عبرة بالظن فضلا عن الشك فضلا عن الوهم كما انه لو علم بالعيب ثم ظن زواله فضلا عن ان يشك فيه فضلا عن ان يتوهم يحكم بسقوط خيار للاستصحاب نعم بالنسبة الى علم الوكيل المطلق الظ السقوط فان علمه علم الموكل وعلم المالك مع الحضور وجهل الوكيل المطلق قد يلحق فيه بالسقوط ايضا مع السلم ثم مع العلم بالعيب لشخصه فيطرء عليه مماثل او غيره او هو ولكن بزيادة فيه وسقوط الخيار في غير المماثل لا وجه له واما فيه اذا اتساويا من كل وجه لا تؤثر في الزيادة للقيمة ونقصانها ولا تفاوت الرغبة ومثله المتحد مع الزيادة فالاقوى ذلك ايضا وان كان فيه ما فيه ولو زعم زواله قبل العقد بعلم فله الخيار دون الظن او الشك او الوهم القوي كما عرفت والظ ان العلم قبل العقد مع نسيانه حينه لا عبرة فيه والمتبادر من كلام الاصحاب في قولهم ويسقط بالعلم قبل العقد القبلية مع المقارنة والكلام في العلم بالنسبة الى حصوله في اثناء العقد وبعد تمامه قبل شرط الصحة في شرط صرف ونحوه كالكلام في الغبن وقد تبنى المسئلة بالنظر الى كثير من هذه الفروع على ان السقوط بالعلم لكونه امارة الرضا او تعبديا وعلى

الثاني فهل في خيار العيب عموم او اطلاق يشمل مثل هذه الصورة ولا يخرج عنه الا
بالمتيقن او انه على خلاف القاعدة وعمدة مستنده الاجماع فيقتصر فيه على المتيقن
وجهان اوجههما اوسطهما قال المص وبالرضا بعده هذا هو المسقط الثاني
من المسقطات لكل من الامرين وهو الرضا بالعيب بعد العقد والمراد به اسقاط
الخيار فعلا لانه يتأدى بكل لفظ كما عرفت سابقا ومن جملة ذلك قوله
رضيت بالعيب غير مقيد بالارش نعم قوله اسقطت الخيار ادل عليه ولهذا
جعله الشارح اولى منه وليس هو شيء غير الاسقاط كما يظهر من الرياض الا
ان يريد ذلك نعم ظ المص ان الرضا وحده كاف في السقوط وان لم يقترن
بلفظ يدل عليه وهذا بناء على الفورية في هذا الخيار يمكن ان يكون له وجه
ولكنه في الحقيقة ليس المسقط الرضا وانما هو التأخير للفسخ او الامضاء
مع العلم واما على القول بالتراخي فلا وجه له بالمرة لما تقدم سابقا من ان
الرضا وحده لا تأثير له وان دلت عليه بعض الروايات ولعل المص يريد
بالرضا ما يدل عليه ولكنه لما لم يكن له لفظ يدل عليه بخصوصه وكان حصول
العلم به من غير لفظ يدل عليه نادر الوقوع اطلق السقوط به اتكالا على ظهور
ذلك وعليه ينزل نفي الخلاف الذي في الغنية والرياض عن سقوط خيار العيب
بالرضا به وعلى كل حال فهذا الخيار حق من الحقوق يسقط بالاسقاط كسائر
الحقوق وعليه ظ الاجماعين السابقين ولا تأمل في ذلك بالنسبة الى العيب
المتقدم واما في العيوب المتأخرة مما تحدث قبل القبض او في زمان خيار
المشتري فاشكال لانه اسقاط قبل الثبوت ولعل الاقوى عدم السقوط
ولا ينافي هذا القول به في التبري من العيوب كما سيأتي فان ذلك من السقوط

بالشرط لا بالاسقاط او باعتبار حصول الاقدام فيه على ذلك كما في الوجه
الاخر فيه وفرق بين المقامين قال المص وما البراءة من العيوب
ولو اجمالا لا هذا المسقط الثالث لكل من الامرين والمراد به اشتراط سقوط
على الاقوى من غير فرق بين ان يتقدم العقد مع عدم تناسيه حينه بحيث
يراد من اللفظ او يقع في اثنائه او يتاخر عنه مع المقارنة على حد غيره من
الشروط صريحها وضمنيها ومن غير فرق بين ان يقع على جهة التفصيل
والنص على اشخاص العيوب او يقع على جهة العموم او على جهة الاطلاق
نعم اذا اشترط التبري من عيب واحد مجهول لم يصح وفي تتميم العقد
له في البطلان كلام يجي في محله ومتى وقع التبري من العيوب على جهة العموم
او الاطلاق وخلا عن التفصيل فانه يبرأ من كل عيب ظاهرا كان العيب او
باطنا معلوما للمتعاقدين او احدهما او غير معلوم حيوانا كان المبيع
او غيره من العيوب الظاهر وكخصه اجماعا منقولا عن الخلاف والغنية ولزوم
وظاهر المسالك والدليل عليه بعد الاجماع عموم ادلة الشروط واطلاق حسن
زرارة او صحيحه لمكان فضالة ايما رجل اشترى شيئا وبه عيب وعوار ولم
يتبرأ اليه منه ولم يبين له فاحدث فيه بعدما قبضه شيئا وعلم بذلك العيب
وذلك العوار انه يمضي عليه البيع ومكاتبة جعفر بن عيسى الى ابي الحسن ع
جعلت فداك المتاع يباع فيمن يزيد فينادي عليه المنادي فاذا نادى عليه
المنادي برئ من كل عيب فيه فاذا اشتراه المشتري ورضيه ولم يبق
الا نقد الثمن فربما زهد فاذا زهد ادعى عيوبا وانه لم يعلم بها فيقول له
المنادي قد برئت منها فيقول المشتري لم اسمع البراءة منها ايصدق فلا يجب عليه

الثمن ام لا يصدق فيحلف فيكتسب على الثمن والروايتان مجبورتان بالجابر
المتعدد من شهرة العمل وموافقة الكتاب والسنة وظاهر الرواية الثانية انه عالم
بالنداء وبالبراءة من العيوب وانه رضيه مع ذلك الا انه لما تجدد له زهد
وعدم الرغبة ادعى عدم علمه بالعيوب وعدم سماعه النداء وهذه الدعوى انما
تنافي مدالسته من حيث زهده لا من حيث العيوب فلا يتوجه على
الاستدلال بهما ضعف بالكلية وعدم موافقتها للقاعدة ثم ان الظاهر
دخول العيوب المتجددة بعد العقد وقبل القبض او في زمان خيار
المشتري في البراءة على جهة العموم كما يقتضيه اطلاق النص والاجماعات
المنقولة والفتاوى ودعوى ان المفهوم منه التبري من الموجودة حالة
العقد كما استقربه في التذكرة ممنوعة للعموم نعم بالنسبة الى صورة الاطلاق
قد يدعى ذلك مع ان الاقوى خلافه ولا يقدح في ذلك كون البراءة مما لم
يجب بعد فهو اسقاط قبل الثبوت لان التبري انما هو من الخيار الثابت
بسببها بمقتضى العقد وان كان السبب مع ان المستند ادلة الشروط وهي
عامة مع ان ظاهر التذكرة دعوى الاجماع عليه حيث قال لو شرط التبري من
العيوب الكائنة والتي تحدث جاز عندنا وحكي في السرائر عن بعض اصحابنا
انه لا يكفي التبري من العيوب اجمالا في سقوط الرد وحكي ذلك في المختلف
عن ابي علي وعليه ظاهر القاضي ونظمه في الدروس شبهة القول بذلك حيث
قال وفي التبري مجملا قولان اشهرهما ذلك وحجتهم على ذلك الجهالة
وانت خبير ان التبري من العيوب ان جعلناه عبارة عن شرط السقوط فلا يخ
ان قلنا ان الشرط مطلقا بالنظر الى الجهالة كالصلح يكفي فيه الاول الى انعلم

فلا كلام وان لم نقل بذلك واشترطنا فيه المعلومية كما في
الثمن والمثمن كان المخرج له في خصوص المقام عن ذلك
الاجماعات المنقولة واطلاق النصوص كما عرفت مع انه لو تم
ذلك لزم منه فساد العقد ولا اظنهم يلتزمونه وان قلنا ان
التبري من العيوب شيء واشتراط السقوط شيء اخر وان التبري
قائم مقام علم المشتري بالعيب لاقدامه على ذلك في المقامين
واذا رضي بالعيب فلا خيار له ولانه انما يثبت الخيار لاقتضاء
العقد السلامة فاذا صرح بالبراءة فقد ارتفع الاطلاق
من غير فرق بين ان يأخذه شرطا اولا وبناء على ذلك لا
اشكال لانها جهالة في امر خارج مع اعتبار جميع ما يجب
اعتباره في صحة البيع بل ويرتفع الاشكال السابق ايضا
من شبهة الاسقاط قبل الثبوت لانه ليس من الاسقاط في
شيء وانما هو رافع للخيار بسبب الاقدام كما عرفت ولكن الظاهر
من كلامهم انما هو الاول فتأمل ثم ان هذا الخيار هل هو على
الفور او التراخي فيه الوجهان السابقان وقد تقدم ان الفورية اولى
الا ان يقوم في المقام اجماع وقد قال في المسالك والحدائق انه
المعروف في المذهب لا نعلم فيه خلافا وفي المفاتيح انه المعروف
بين الاصحاب وفي الكفاية والظاهر انه لا خلاف فيه وفي مجمع البرهان
وكانه لا خلاف فيه وفي الرياض انه ظاهر اصحابنا المتاخرين كافة عليه
فان تم بذلك اجماع فيها والا فلا والظاهر عدم تماميته وقد اختار

الفوريّة في الوسيلة والغيبة ونفي عنها الخلاف في الثانية نعم قد يتوقّف بأنّ مستند هذا الخيار لمّا كان من النصّ وهو من باب العامّ او المطلق وغيره من زعم مشهور الاصحاب فيقيّد به العموم الزماني المستفاد من دليل لزوم العقد

على اطلاقه ولعلّه هو الاقوى قال المص والاباق

قبل هو كتاب من ابن كيرب وسمع ومنع واثبات المأخذ اللّت لت مشكل الّا على جعله من تداخل اللغات وفسّر في اللغة بالذهاب بلا خوف ولا كدّ عمل بها مشاقه واعتبروا فيه ان يكون بعد الاستخفاء واما جهة فلا والظاهر ذلك وفيه انه ان كان تفسيرا بالاعمّ فلا حاجة الى القيود وان كان حقيقيا فينبغي ان يقال الذهاب عصيان وطغيان لا عن خوف او كدّ عمل او جوع او ضماء او عري او فراش او غطاء او مسكن او احتياج الى دواء من المرض او سوء خلق من المولى او اباء عن او منع عن واجب او ندب او امره بحرام او مكروه من زعم ان ارتكاب المرجوح لا يتوقّف على الاذن الى غير ذلك واما الاحتياج الى التاهل من السنين ونحو ذلك فلا يرفع اسم الاباق الّا اذا ادّى الى المشقة التي لا تتحمل ولعلّ غرضهم من ذلك التفسير بالاعمّ والاحالة على العرف ولا بأس في ذلك ذكر بعض القيود ولا فرق في ذلك بين الابق والابقة كلا او بعضا ثمنا ومثمنا او هما معا بالبيع كان ذلك او بغيره من النواقل والتقييد بالبيع في كلام الشارح مثال للمنقول عنه في مقابلة الابق عند المنقول اليه

الا في مقام الضمان عليه والرد بالاباق عند المنقول عنه مجمع
عليه فيما بينهم والنص دال عليه ولان العبد معه في حكم التالف
ولانه سرقة لنفسه فهو ابلغ من السرقة لغيره كعدم الرد به
عند المنقول اليه في غير صورة الضمان فانه مجمع عليه ايضا
والاصل نقيضه والصحيح ليس في اباق العبد عهدة والمو
محمولان عليه جمعا بينه وبين صحيح هشام الى ان يقيم
بينة انه كان ابقا عنده ولا ينافي ذلك قوله عليه السلام
في الموثق الا ان يشترط المبتاع فانه لو شرط المشتري
الخيار بالاباق عنده مع ضبط المدة صح ذلك وهل يكفي
في الاباق المرة الواحدة او يشترط التعدد بحيث يصدق الاعتياد
ويكتفي فيه بالمرتين كما في المسالك او التفصيل بالقرب والبعد
والطول والقصر وحال المولى في زيادة اللطف والشفقة
ونقصها وجوه وظاهر الاكثر ومنهم المصنف هنا الاول
للصحيح السابق الا انه يفهم من لفظ كان الاعتياد وهو
بعيد جدا وحكى الشارح في الشرح والمسالك الثاني
عن بعض الاصحاب وقواه فيهما ولعل دليله الاصل
والشك في تسمية الاباق عيبا عادة بالمرة الواحدة
والحق ان المستند في الرد ان كان اطلاق الخبر وان لم
يسم الاباق عيبا بناء على التفكيك بين العيب والاباق فيه
فليس الا الوجه الاول وحيث انه لا تفكيك بين العيب

والاباق كما هو الظاهر فانه ترك الرجوع الاخير وفي تحقق الاباق
من المجنون وغير المميز اشكال وفي ارتفاعه بالتوبة مطلقا
او بشرط رجوعه من نفسه او عدم ارتفاعه عنه وان ارتفع الاثم
وجوه والاقوى الاول ومثل الاباق في غيره من الاحكام الزنا
والسرقة وفي التذكرة الزنا والسرقة عيبان في الاماء والعبيد
عندنا وفي القواعد اعتبر فيهما الاعتياد وفي الجامع والتحرير
والدروس لم يعتبر وقال المحقق الثاني الاصح ان
الاعتياد غير شرط لان الاقدام على القبيح مرة يوجب الجرأة
عليه ويصير للشيطان عليه سبيل ويترتب وجوب الحد الذي
لا يؤمن معه الهلاك عليهما وعلى هذا يكون شرب الخمر والنبيذ
عيبا كما في التحرير والدروس وقد مال في التذكرة الى
عدمه وقد يلحق بذلك جميع ما كان من هذا القبيل وفي
الاجمال غنى عن التفصيل قال المص وعدم
الحيض عيب والمراد منه ما نبها ذلك بحبس والمكاتبة
والمواهب والارحام واعتبر جماعة في ثبوت عيب الحيض مضي ستة
اشهر وهي في سن من تحيض ومنهم العلامة ره في القواعد
واما كان كون عدم الحيض عيبا فالحكم هو المشهور بين الاصحاب
ونسب الى الاكثر في المسالك والى الاشهر في الكفاية
والى كافة المتأخرين في الرياض وخالف في ذلك ابن
ادريس حيث قال اورد ذلك شيخنا في نهايته

من طريق خبر الواحد ايراداً لا اعتقاداً وهو يعطي عدم المعتد الي
ولعل خلافهم بالنظر الى اعتبار الستة اشهر الذي فهمت بها الرواية
مطلقا وما استفهموه من الشارح في المسالك من نفي الحكم راسا الذي في كلامه
مايدل عليه ومستند القول الاول ان عدم الحيض بالنحو السابق من
جملة العيوب عرفا لتفويته وصفا مطلوبا يترتب عليه قبول الحمل
وصحة المزاج وصحيح ابن زرقاء عن رجل اشترى جارية مدركة فلم تحض عنده
حتى مضى ستة اشهر وليس بها حمل قال ان كان مثلها تحيض ولم يكن ذلك

عيبا ومستند القول الثاني الصحيح المتقدم باعتبار ان معناه ان كان
امثالها سنا مع الاتفاق في البلاد والمزاج في الجملة توجد منها الحيض
دونها يكون ذلك عيبا فيما مع عدم الحيض ستة اشهر لا من كبر لان الاشارة
بذلك الى الحيض وبيان حيضها ستة اشهر فكان الجواب مقيدا بذلك وقيل
ان هذا هو الذي فهمه العلماء المتقدمون ولا ريب انه هو الظاهر من الرواية
نعم قد يقال ان الرواية مطلقة وان دلت على هذه الصورة لكنها لا تنفي
ما عداها فيكون المدار فيما عدا ذلك على ما يعد عيبا في العرف ومما يقال
ان الشارع قد كشف عن العرف في ذلك لان المرأة قد ينقطع عنها الحيض
العشرة ايام او العشرون يوما ولا يعد عيبا ولا يحدث في العرف لا بانقطاعه الذي يصدق
معه العيب [illegible] في الستة اشهر يتحقق الصدق [illegible] وصفه لم يحصل قبل ذلك

ثم ان جواز الرد بعد ستة اشهر انما هو مع عدم التصرف واما معه فلا و
الخبر مقيد بدليل التصرف ولا وجه لاحتمال كون هذا العيب مستثنى من دليل
سقوط الرد بالتصرف باعتبار الانعقاد عدم وقوع تصرف مسقط للخيار في
هذه المدة ولو مثل اسقني الماء كما احتمله الاردبيلي فانه هذا ليس باعظم
من العيوب التي ترد بها الجارية وان تجددت ما بين العتق والسنة
وقد شرط الاصحاب في ذلك عدم التصرف ورواياتها مطلقة
قال المص وكذا النقل المشهور في كلام الاصحاب انه اذا اشترى شيئا
فوجد فيه ثفلا وهو ما استقر تحت الشيء من كدره فان كان مما جرت العادة
بمثله لم يكن له رد ولا ارش وكذا لو كان [illegible] وفي حسنة
ميسر ان كان المشتري يعلم ان الدردي يكون في الزيت فليس عليه ان
يرده وعلا بعضى الى ولهذا المضمون عبر في النهاية والسرائر والتحرير [illegible]
ويمكن ارجاع الرواية وكلامهم الى ما ذكره يعني انه ان كان يعلم بحسب
العادة يعني انه ان كان يعلم ان هذا بحسب العادة مما يكون في الزيت
ونحوه لم يكن له الرد والا فله الرد والرواية يبقى [illegible] فهو ما اذا لم يعلم ذلك
وظن انه خالص من الثفل والاقرب ان الحكم فيه ما ذكره الاصحاب
تنزيلا للعادة منزلة العلم بذلك كما في كثير من المواضع فلا
يضر وان كان عيبا او ان العادة قضت بان مثل ذلك ليس
بعيب وقد تحمل الرواية وكلام الجماعة على ارادة العادة من
العلم على ضرب من المجاز فتحصل الموافقة في الفرد من الوانه
[illegible] خلاف الظ ثم ان ظ الاصحاب ان الثفل لو كان كثيرا وعلم
به مثل البيع صح البيع ولا خيار وربما اشكل باعتبار الجهل
للعوض بعض المقصود بالذات والمشاهدة في مثل ذلك
غير كافية ويمكن دفعه بان معرفة الجملة كافية كما في معرفة

والحق عدم المضادة

والزيت في كلام المص مثال به وتخصيصه بالذكر باعتبار ذكره في الرواية

فقيل التدليس ... من دون العلم بالتفصيل ونحوه التراب في الحنطة
والشعير الى غير ذلك ثم الظاهر ان معتاد الفرد دون الجنس كونه عيب
ثم لا يبعد عدم الفرق في معتادهما بين السابق والموضوع حديثا
على اشكال ويجري ذلك في مقامات كثيرة قال اهل اللغة خيار التدليس
التدليس كتمان عيب السلعة عن المشتري كما في الصحاح والمصباح والقاموس
ومجمع البحرين فيكون خاصا بخصوص العيب لخصوص المشتري في خصوص
السلعة وقد فسرت بالمتاع والمتاع بما يتمتع به من الحوائج فالظاهر اختصاصها
بالعروض وظاهر الفقهاء ان التدليس لا يخص اخفاء العيب بل يعم اخفاء
الصفات واخفاء فضل الوصف واخفاء راس المال واخفاء الزمان او المكان او المال
او الشيء او الجهة وجميع ما يقتضي نقصا في العين او القيمة او الرغبة او رأس المال
الى غير ذلك بل يعم كل ما اخفي على المنقول اليه مما يتعلق به غرضه وان كان
مطلوبا خلافه عند عامة الناس ولا يختص العروض بل يعمها وغيرها ولا يخص
البيع فضلا عن المشتري كما قالوا في تدليس الماشطة ولعل كلام اهل اللغة
من باب التعريف بالاخص والاحالة في ذلك على العرف كما في كثير من المقامات
وبناء على ما قالوه لا يختص الكتمان للعيب بالعيب الخفي الذي يجب به الاعلام
ويحرم فيه الكتمان كشوب الماء باللبن بل المدار فيه على مطلق الكتمان وحينئذ لا يبعد
خيار العيب التدليس الوصف لا يعلم به الناقل وهو قليل في الوجود وان
عمما الكتمان لمثل ذلك لم يعتبر مطلقا والمراد بالتدليس على ما يظهر منهم بالنسبة الى
ما يخرجه ما كان قسيما للغش ... في المعنى ولا ما كان قسما منه
فان الغش هو ادخال الادنى في الاعلى والمطلوب في غيره وبالعكس من المجانس وغيره
والتدليس هو ان يعمل بما يظهر الصفة المليحة ويخفي القبيحة وهو المستعمل كثيرا في كلامهم
وقد يستعمل بالنظر الى اخفاء شيء من الامور السابقة ولكنه ليس مرادا في هذا المقام
وبناء على ذلك لا ينافي خيار الوصف اللهم الا ان يراد بخيار الوصف ...
والمراد بالتدليس في هذا المقام ما كان الغش وهو ادخال الادنى في الاعلى والمطلوب
في غيره وبالعكس من المجانس وغيره قسما منه لا ما كان قسيما له ... ما يحدث
... وربما يظهر من كلام بعض الاصحاب ان المراد به في المقام خصوص اخفاء الصفات

ونحو فلا ينافي خيار الوصف الا ان يراد بخيار الوصف هو الواقع
في الشيء الذي يشترى بالوصف او برؤية سابقة على العقد ثم يخرج على خلاف
ما وصف او رأي واما المتروك وقت العقد فان خرج على خلاف الصفة فليس منه
وعلى كل حال فالتدليس اما قولي صوتي او شرطي او فعلي يقتضي زيادة في الاوصاف
او اثبات وصف جديد له او اغراء بخلاف الواقع بما يقتضي زيادة في القيمة
او في الرغبة ونحو ذلك اما لو فني بظهور الوصف بعد خفائه كالصيقالة
والقصارة وكنس الغبار ورفع السواد وشبهه عن الجواهر المنطبعة ونحو ذلك
فليس من التدليس ومنه البيع بقصده في الظلمة وتغليط القماش والجواهر
ما لم يكن شايعا وما كان بالواسطة كفعله كما اذا امر بقصد ان يخبر او قال له
اخبر او عمل عملا بنفسه او بغيره كانه قال له اعمل وتدليس الوكيل تدليس
الاصيل وفي ضمان المدلس الاجنبي وجه تقدمت الاشارة اليه ثم ان
ثبوت الخيار بالتدليس [illegible] نسبه في المسالك الى الاكثر وفي الكفاية
الى الاشهر وقد صرح به المص هنا والعلامة في القواعد والتذكرة والمحقق
في الشرايع وحكي عن القاضي وابن ادريس وذهب اليه الفاضل الميسي
وال دح هنا وفي المسالك وصاحب الكفاية ومجمع البرهان ونسب
القول بالعدم الى الشيخ في الخلاف والعلامة في التحرير والارشاد والى المص
في الدروس حيث شرط ثبوت الخيار في التصرية والتبيين والجعد مع ظهور
خلافها باشتراطها ونسب المص فيها الى الشيخ التردد في الثلاثة ولعله
عنى بذلك كلامه في المبسوط حيث انه بعد ان اثبت فيه الخيار في الثلاثة
قال وان قلنا ليس له الخيار لانه لا دليل في الشرع على كونه عيبا يوجب الرد
كان قويا انتهى والاوفق الخلاف صرح بنفي الخيار فيها وتردد المحقق
في ثبوته فيها والذي يقضي عدم كونه خيارا مستقلا [illegible] لا اثر مستقل ومن
ما لم نعده الى الاصحاب خيارا مستقلا نعم حيث يرجع الى خيار الوصف وهو
[illegible]
ما وصفه او رآه على صفة كخفي حاله ونحوها [illegible]
من باب الشرط او العيب او الغبن ونحو ذلك فان قلت انه خيار الوصف
بالوصف او برؤية سابقة له فيما رأى عند العقد فلا يكون منه الا من خيار الوصف
[illegible] الوصف [illegible]

قلت لا ريب ان مادة خيار الرؤية تدل على نظر الى تنقيح المناط ... اعم ... في التسمية واما الكلام في الحكم

... فانها ... وتقدم الرؤية ومقارنتها لا يصلح فارقا مع ان

الاولى مقارنة ... حكما بمقتضى الاستصحاب وباعتبار ثبوته

في النص بالاجماع محصله ومنقوله وليست عيبا ولا فارق بينها وبين غيرها

بالنسبة الى ذلك وح فمن اثبت خيار التدليس ان اراد به ذلك فاصل الخيار

الوصف على غير المشاهد عند العقد فلا نزاع الا معه في الحقيقة والحجة تكون

في مجرد التسمية وان اراد بذلك جعله خيارا مستقلا فيكون بالنظر الى الكذب

في باب المرابحة بالنسبة الى رأس المال او الاجل ... ونحو ذلك على وفق

القاعدة لولا ورود الدليل به في خصوص المرابحة ويكون بالنظر الى اخفاء الوصف

الخيار ذي جهتين اذا اسقط احدهما او لم يطالب من جهتها يبقى الاخر فالظ

خلافه لانا ان قصرناه على التدليس المحرم فاقصى ما فيه ان النهي ان كان عن امر خارج

قضى بالاثم ولا شيء عليه وان كان عن امر داخل قضى بالفساد والظ منه الاول

وان عممناه ... للمحرم وغيره فكذلك ايظ لان الاصل لزوم العقد

ولا دليل على ثبوت الخيار بذلك وما يقال من ان دليله حديث الضرر

وان الاغراض تختلف باعتبار الضرر الناشي من فقد ما ظنه حاصلا

في ذلك فربما رغب المشتري فيما اقدم عليه اولا ولم يسلم له ولا وجه له

لما تقدم سابقا من ان حديث الضرر بمجرده لا يثبت خيارا وانه من المجملات

مع انه مع مقارنته لخيار اخر كما في صورة فوات الوصف ينتفي الضرر بالخيار

الثاني وهكذا غيره من عيب او غبن ونحوهما ثم انه بناء على القول به ينبغي

الاقتصار فيه على المتيقن فلا يعم تدليس غير المالك ولا تدليس المالك من

من غير قصد ولا مع القصد لغير البيع من الاغراض الاخر ولا لما كان اعتبار

المشتري لنقصه ولا لما كان التدليس الاخفاء لصفة الكمال ولم يتعلق للمشتري

غرض بصفة النقص وانما اراده لغوا وعبثا ويقتصر فيه على خصوص البيع

... الا اذا جعلنا المستند الضرر لا النص فانه يعم الجميع والظ انه

محل البحث عند الاصحاب انما هو في التدليس باخفاء الصفة ... تعلق به

... بالعدم على ذلك ...

فهو خيار الوصف بعينه بخلاف غيره انه ربما يستتبع لغويتها من جهة ما يحدث من المصارف المبنية على التدليس بخلاف غيره ويجتمع مع الخيار الاخر ويفترق عنها ويتمشى من البيع الى غيره من العقود نعم لو اخفى صفة الكمال وكان غرض المشترى صفة النقص لغوا فالظاهر عدم ثبوت الخيار كما سيأتي مثله فيما هو اقوى منه وهو الشرط

واما صورتها لو كان له غرض المشترى لتقصيره كالو لطخ البايع ثوب العبد مدادا فتخيل المشترى كونه كاتبا واعتبر ما البيع فيه بغير كتابة ففيه وجهان ذكرهما المحقق الثانى والظاهر انه من المسبت للخيار قال المص فلو شرط صفة كمال كالتحى والارشد لا ريب ان كل وصف يتعلق به غرض مقصود للعقلاء وان كان ضده اجود فى المالية فانه الخيار يثبت مع فواته للاجماع المحصل فضلا عن المنقول عرفا المسالك ولعموم ادلة الشروط وظاهر كلام المص انه لو اشترط صفة نقص لغرض تعلق له بها مقصود للعقلاء انه لا خيار له والظاهر خلافه ولعله يريد ما كان كمالا ولو للغرض فى مقابلة الغير المقصود للعقلاء وما لا يريد به المال فيكون لغوا كما صرح به فى القواعد والتحرير والتذكرة وهل يفسد العقد لفساد هذا الشرط اولا وجهان وسيأتي البحث فى ذلك فى محله واما عدم ثبوت الارش فلاختصاصه بالعيب والواقع ليس بعيب والفرق بين العيب وغيره فى استحقاق الارش بالاول دون الثانى ان العيب كالنقص فى المبيع يقابل الكمال ببعض الثمن بخلاف غيره من الاوصاف فانها علة الاقدام والرغبة ويشكل ذلك فى الكمال من حيث انها مقتضى الطبيعة وفواتها نقص يحدث على الاصل

كالكتابة او لوجهها التحى الوصف ووصف الشعر فهو الخلاف

والاقوى الصحة فى مثل ذلك وان قلنا بفساد العقد بفساد الشرط

ويؤيد نقصان القيمة تأثيراً في نسبة الجبر عن نواحيها وثبوت الثيبوبة حال
البيع بالبينة واقرار البائع او قرب زمان الاختبار لزمان البيع بحيث لا يمكن
تجدد الثيبوبة وباعتبار ان الارش جزء من الثمن وهو لا يوزع على الزوج
و[illegible] نقل عن بعض الاصحاب القول بعدم التخيير بفوات شرط
البكارة حتى بين الرد وعدمه والاقوى الاول لا باعتبار ان الثيبوبة عيب
مطلقا كما نسب الى ظ ابن البراج ومال اليه صاحب التنقيح وان رجحنا وفي
المسالك واحتمله المحقق في الدروس نظراً الى دخولها تحت الضابطة السابقة
للعيب فان ذلك مخالف للاجماع المنقول في كشف الرموز حيث قال لا خلاف
بين الاصحاب في ان الثيبوبة ليست عيبا وفي التحرير لا نعلم خلافا بين الاصحاب
في ان الثيبوبة ليست عيبا وفي الايضاح الاجماع ونسب ذلك الى الاصحاب
وفي المسالك الى اطلاق الاصحاب مضافا الى ان اكثر الاماء لا يوجدن
الا ثيبات فكانت الثيبوبة بمنزلة الخلقة الاصلية وان كانت عارضة ولا
اقل من صدق اسم العيب على ذلك عرفا والضابطة السابقة قد رجعنا فيها
الى [illegible] وعلى تقدير الاخذ بها تعبدا فسندها قاصر ولا يؤخذ بها
الا في محل الجابر ولا جابر في المقام وقد يستدل بعضهم على ذلك برواية
سماعة قال سألته عن رجل باع جارية على انها بكر فلم يجدها كذلك قال لا ترد
عليه ولا يجب عليه شيء انه قد يكون تذهب في حال مرض او امر يصيبها قال
وهي مجبورة بعمل الاصحاب وانت خبير بان هذه الرواية ظاهرها الشرطية
كرواية يونس الاتية فليست مما نحن فيه الا ان يستند الى الاولوية مع ان
ظاهرها ان عدم الرد وعدم اخذ الارش باعتبار عدم العلم بثيبوبتها حال
العقد وهو الذي يقتضيه الجمع بينها وبين رواية يونس فهي بالدلالة على
الخلاف اولى ولا باعتبار انها عيب في خصوص السودان من الاماء فان الظ عدم
الفرق بينها وبين غيرها ولا باعتبار انها عيب في خصوص الصغيرة التي ليست محلا
للوطي فان اصل الخلقة والغالب متطابقان فيها على البكارة كما قواه في الشرح

في المسالك ونفى عنه البأس في التذكرة فان الظاهر عدم الفرق [illegible] وان البنية
في الاماء مطلقا ليس على ذلك ويدل عليه ما اشتهر ان الذين يجلبون الاطفال
من الجواري يفتضون بكارتهن بأيديهم [illegible] اذا لم يكن قابلات للوطي
بل باعتبار ما رواه في الكافي والتهذيب عن يونس في رجل اشترى جارية على انها
عذراء فلم يجدها عذراء قال يرد عليه فضل القيمة اذا علم انه صادق وظاهر
الشرطية والمراد بالعلم بكونه صادقا العلم [illegible]
[illegible] جماعها وبين خبر سماعة بحمل الثاني على صورة
ثبوت [illegible] وفي التذكرة حمل خبر سماعة وكلام الاصحاب على انه اشتراها على ظاهر الحال
المشتمل على شهادة الحال بالبكارة وغلبة ظنه من غير شرط وهو بعيد وليس في رواية
يونس من يتوقف في امر عذرة [illegible] ولكنها مجبورة بالشهرة المنقولة كما في
الدروس والمسالك بل المحصلة [illegible] كشف الرموز وجامع الشرائع
والتذكرة والتحرير والمختلف والتنقيح وجامع المقاصد والروضة والمسالك
وغيرها وقد حمل [illegible] لو لم يثبت التقدم فلا خيار [illegible]
للاصل ولانها تذهب بالنزوة ونحوها ولاطلاق [illegible] سماعة
منزل على ذلك [illegible]
[illegible]
ثم ان الثيبوبة تطلق على معنى احدهما الموطوءة وهو الذي يظهر من صدر
عبارة النهاية والمجمع وتقابلها البكر وهي التي لم تمس [illegible]
[illegible] وهي المراد في نص مسئلة سكوتها عند طلبها
في مسئلة الاولياء الثاني ذهاب العذرة ولو بحرقوص او نزوة او فحص
اصبع ونحوه وتقابلها البكر من البكارة وهي العذرة والمراد بها الخاتم
الزوج [illegible] كما في احد عبارتي النهاية والمجمع [illegible]
وهي المرادة في باب رد المعيب ونصف العشر في الاماء والغالب ارادته في
مهر المثل

[illegible] عذراء [illegible] ثبوت [illegible] لكونه بكرا فخرجت [illegible] بما روى اصحابنا [illegible] ليس له الخيار [illegible]
سماعة فلا يجب عليه شيء على انه لا يجب عليه شيء معنى لان المرجع في ذلك الى اعتبار العادة وهو مختلف

من المثل والظاهر معناها عندهم الاول ومبنى الاخير على الغالب وبناء
على الوجه الاول لا يضر زوال التحام فرجها بغير الوطي وان علم تقدمه على قصد
العقد
عن ان يشك فيه وبناء على الثاني يضر الاول دون الثاني والاصح جهل تاريخ
العقد والعلم بتاريخ زوال البكارة في وجه والاقوى العدم تمسكا باصالة
لزوم العقد كما في صورة جهل تاريخها وجهل تاريخ زوال البكارة والعلم بتاريخ
تاريخ
العقد والظاهر ان محل بحث الاصحاب الاخير لا ينصرح عنه قول المحقق في الشرايع
لان ذلك قد يذهب بالخطوة وقول الشيخ في النهاية لان ذلك قد يذهب
من العلة والنزوة ومثله ما حكي عن الكامل وغيرهما [illegible] وهو الظاهر من رواية
سماعة كما عرفت فلا وجه لاحتمال كون محل البحث الاول ولعله يتخرج من
احتمال جعل النزاع لفظيا بالنسبة الى تلك الخلافات المتقدمة بحمل النفي على
معنى والاثبات على اخر ثم انه بالنسبة الى عكس المسئلة فيما لو كانت شرط
كونها ثيبا فخرجت بكرا فالكلام في عدم ثبوت الارش وله الرد عملا بالشرط
ولان العاجز قد يطلب ذلك وقد نص عليه في القواعد والتذكرة وجامع
الشرايع وجامع المقاصد وكذلك غيرها وفي المبسوط والتحرير انه
لا خيار له وهو ضعيف **قال المص** وكذا التصرية للشاة والبقرة والناقة التصرية
في اللغة التجميع قال في الغريبين صريت الماء وصريته اذا جمعته وحبسته وقال في
النهاية المصراة الناقة او البقرة او الشاة يصرى اللبن في ضرعها اي
يجمع ويحبس وقال في المصباح صريت الناقة فهي صرية من باب تعب اذا
اجتمع لبنها في ضرعها وفي الصحاح صريت الشاة تصرية اذا لم تحلبها اياما
حتى يجتمع اللبن في ضرعها والشاة مصراة وفي القاموس ناقة صريا محفلة

والصري كربي المراة والشاة المحفلة وفي مجمع التصرية فيما بجمع تحفيل الشاة والبقرة

والناقة وجمع لبنها في ضرعها بان تربط اخلافها ويترك حلبها اليوم واليومين

والثلث ليتوفر لبنها فيراه المشتري كثيرا فيزيد في ثمنها وهو لا يعلم انه كذلك

والتحفيل من الحفل وهو الجمع ومنه قيل للمجمع محفل وحفلت الشاة بالتثقيل تركت

حلبها حتى اجتمع اللبن في ضرعها فهي محفلة وكان الرجل حفلت لبن الشاة

لانه هو المجموع فهو محفل وقد اشتهرت التصرية والتحفيل في جمع اللبن في

الضرع من الحيوان مطلقا واحتمال الوضع الجديد لخصوص ذلك غير بعيد

وهو المراد في هذا المقام والتصرية تدليس حرام اجماعا كما في المسالك

والرياض وتوجب الخيار في الشاة بين الرد والامساك اجماعا كما في

الخلاف والمختلف والمهذب البارع وتعليق الارشاد والشرحين

والرياض وظاهر التذكرة وغاية المرام ومجمع البرهان وعليه اخبار الفرقة

كما في الخلاف ولم نجد في رواياتنا تعرضا لحكم التصرية سوى ما رواه

الحر في هدايته من قوله ع لا تصروا الابل والبقر والغنم من اشترى

مصراة فهو باخير النظرين ان شاء ردها ورد معها صاعا وتمرا

وروى انه من اشترى محفلة فليرد معها صاعا وفي كتاب معاني

الاخبار للصدوق عن محمد بن هرون الزنجاني عن علي بن عبد العزيز

عن ابي عبيدة رفعه الى النبي صلعم لا تصروا الابل والغنم فانه خداع

من اشترى مصراة فانه باخر النظرين ان شاء ردها ورد معها صاعا

من تمر وفي العوالي عن النبي صلعم من اشترى مصراة فهو بالخيار

ثلاثة ايام ان شاء امسكها وان شاء ردها وصاعا من تمر وان

صاعاً من اشترى محفلة فهو بالخيار ثلثة ايام فان ردها رد معها لبنها
قمحاً والظاهر انها ماخوذة من طرق العامة ولذلك اعترف بعدم الوقوف
على نص من ذلك من طرق الخاصة في السرائر والتحرير وغاية المراد والمسالك
ومجمع البرهان وغيرها ومن هنا يضعف الاستناد الى ما ارسله
الشيخ في الخلاف من اخبار الفرقة وان ما يحكيه كما يرويه والعمدة في
ثبوته الثلثة في الاجماع ويؤيده حديث الضرر وما روي في الهداية
ومعاني الاخبار والعوالي وقد يستدل على ذلك بما رواه اصحابنا
بثلاث طرق صحيح وضعيف ومرسل ولو بغير ذلك لعبد الجبار وهو
ما رواه الحلبي عن رجل اشترى شاة فامسكها ثلثة ايام ثم ردها
قال ان كان في تلك الايام شرب لبنها رد معها ثلاثة امداد وان لم
يكن لها لبن فليس عليه شيء وليس فيها قصية مصراة البائع ونزله يمكن ان يق
بانه ردها بعد التصرف ورد شيء معها مطلق او عام يخص بالاجماع
بالسنة ليس وفيه ما فيه والاعراض بالاشتمال على رد ما لم يقل به
المشهور مردود بان العمل ببعض الروايات مع المجبورية ورد البعض
اوفق بالضوابط واما الروايات العامية الموجودة في كتب العامة
فلا يجوز الاستناد اليها وان حصل لها الجابر لانا امرنا بتلف كتبهم لانها
كتب ضلال فلا يجوز الاخذ بها وان كانت مجبورة ومجرد عدم عثورنا
على مستند من طرق الخاصة لا يقضي بكونها هي المستند نعم لو ذكرت في كتب
اصحابنا للاخذ بها جاز الاخذ بها مع الانجبار كما تشهد به الطريقة
المستمرة لعلمائنا الابرار والروايات المذكورة في هذا الباب التي

التي رواها الصدوق ولعمر وابن جمهور عامية واختصاصهم برواياتها
في كونها سببا في الدخول تحت روايات تسلك حتى ينجبر اخبارها بالشهرة فلا تصلح
الا للتأييد وهي بين مرسلة وضعيفة حيث الوشاء لما عليه عدة من الضعفاء
وحكمها عدي الاخيرة مخالف للفتوى لان فيها رد المراد ما يعم وعزه ولد
له كما سياتي الا ان يقال نعمل ببعض للاعتبار ونترك بعضا فليس المستند
في الحقيقة في الشاة الا في الاجماع ورواية الحلبي بالنحو السابق واما البقرة
والناقة فالمشهور ثبوت التصرية فيهما ايضا كما في الحدائق وهو مذهب الاكثر
كما في الرياض وهو خيرة المبسوط والخلاف والسرائر والجامع والتحرير والتذكرة
والدروس وحواشي المصنف وجامع المقاصد وتعليق الارشاد والايضاح
والنافع والمسالك والرياض وهو المحكي عن ابي علي والقاضي وقواه كاشف
الرموز ومال اليه صاحب مجمع البرهان ونقل عليه الاجماع الشيخ في الخلاف
وقد تلوح دعوى الاجماع من السرائر والتذكرة وغيرهما فالمستند فيهما
اذن الاجماع المنقول المعتضد بفتوى الاكثر المؤيد بحديث نفي الضرر وبما
تقدم نقله عن هداية الحر ومعاني الاخبار والعوالي وتردد في ذلك في
الشرايع واستشكل في الارشاد والكفاية وتوقف في المختلف ولم يرجح
في غاية المراد وغاية المرام والتنقيح والمهذب البارع وقرب في الايضاح
عدم الثبوت فيهما وفي المسالك والشرح انه الاجماع والا فالاشكال واما
ثبوتها في غير النعم الثلاث كحبس لبن الاتان والامة والفرس ونحوها
حيث يكون المقصود منها اللبن وحبس غير اللبن كحبس ماء القناة والرحى
وارساله عند البيع او ابقاء المخروط او المجزور او الملفوط او المستنبط

كالعمل ونحوها فبراها الرأي فيظن ان ذلك طبيعي لتشدد غيبته

في اخذه فالحكم في جميع ذلك ثبوت الخيار فيها على النحو الذي ثبت في

النعم الثلاث من ثبوته مع التصرف وكونه بعد الثلاثة او كون الثلاث

محلا لثبوته ورد اللبن في الثلاث الى غير ذلك مما يأتي من الامور

المخالفة للقواعد فالحق عدم ثبوته لان المستند ان كان الاجماع فيه

مقصور على النعم الثلاث وتنقيح المناط ممنوع لفقد المنقح من نص او

اجماع وان كان من الروايات فليس في الباب رواية تدل على

الحكم الا رواية الصدوق والعوالي والهداية وما رواه الحلبي بالطريق

السابق وقد علمت ما فيها دهي مخصوصة بالنعم الثلاث فلا يسري

الى غيرها الا بالتنقيح وقد علمت ما فيه مما نقل عن الي على انه طرد الحكم

في سائر الحيوانات حتى الادمي لعل ثبوته عرض الخيار على النحو الاول

وهو خيار الوصف وفي الدروس والمفاتيح ان قوله ليس بالبعيد

للتدليس وكذلك ما في الدروس والتذكرة من الحاق حبس ماء

القناة والرحى وارساله عند البيع والاجارة حتى يتخيل المشتري

كثرته بالتصرية في ثبوت الخيار ولا بأس في ما ذكرناه الاجماعات المنقولة

على نفي التصرية عن النعم الثلاث فان المراد نفيها على النحو الذي تثبت فيها

قال في السرائر بعد ان ذكر التصرية في الناقة والبقرة والشاة ولا

تصرية عندنا في غير ذلك وقال في التذكرة ولا تثبت التصرية في غير الثلاثة

المذكورة في الجزء الابل والبقر والغنم عند علمائنا ونحوه ما في مجمع البرهان

وفي كشف الرموز نقل الاجماع على نفي التصرية في الاتان والامة وهذا

الخيار مخالف للقاعدة من وجوه منها الرد من الطرف ومنها تبعيض الصفقة وهي عيب بالنسبة الى المردود اليه ومنها رد المثل دون ان من مال المشتري ان قلنا به ومنها وقد يغفل عن حلبها في الثلاثة فيكون خيار التدليس احف من خيارات الاسباب الاخر ومنها دخول المجهول في المعاوضة في وجه البيع فينبغي الاقتصار على خصوص التدليس ومن هنا يعلم ان هذا الحكم لا يسري الى غير تدليس المالك ولا الى تدليسه بالمجرد دون الفعل ولا الى وقوع التحفيل لا لغرض البيع بل لبعض الاغراض ولا الى ثبوت التحفيل لا لها لا بسببه ونحصل بنسيان حلبها وبقاء دها في المرعى يومين او ازيد اقتصارا فيما خالف القاعدة على المتيقن ومن هنا استقرب في القواعد والايضاح وجامع المقاصد سقوط الخيار في الصورة الاخيرة ولا ينافي ذلك ما استقربه منها في التذكرة وحواشي المصنف من ثبوت الخيار فان المراد به خيار فوات الوصف لما تقدم وتشترك الفتوى والاجماع والروايات بخصوص المشتري والظاهر انه مثاله فالبايع بالنظر الى الثمن كالمشتري في حق الثمن والعقود الاخر كعقد البيع لتنقيح المناط في الجميع على اشكال في السراية الى العقود الاخر لاحتمال كون السبب كثرة دوران البيع فناسب التخفيف دونها والمثلية على خلاف القاعدة فيقتصر فيها على المتيقن قال المصنف مدة اختبارها ثلاثة ايام لا ريب ان التصرية تارة تثبت بالاختبار واخرى بالبينة والاقرار فان كان المثبت لها الاول اعتبر في ثبوت الخيار بها مضي ثلاثة ايام كما يظهر من المصنف وهو ظاهر كل من اعتبر الاختبار ثلاثة ايام كما في الشرائع والقواعد والتذكرة والارشاد والتنقيح والكفاية وغيرها باعتبار

التخصيص بالثلاثة وجه

بنسيان

احتمال استناد اللبن الى تغير المرعى والامكنة وكونها فقدره الشارع بهذه المدة لانها مما يستكشف بها غالباً وما نقص عنها لا يحصل به الاستكشاف وما زاد عليها يحصل به الضرر على البائع وانها يحصل الجمع بين الحقين وهي المدة المعروفة في عزه بل نقصان اليوم الثالث وحده ولا مع ضمه الى ما بعده بل لا بد من التكرار في المدة ليوثق بكون النقصان ليس لامر عارضي وقد يلوح من بعض كلام هؤلاء ثبوت الخيار بالنقصان في اليوم الثالث وحده لتعليلهم عدم الثبوت قبل الثلاثة بكونها المدة المعروفة في الشرع فلا يثبت قبلها الا ان تعليلهم اعتبار الثلاث باحتمال استناد تغير اللبن الى العلف والامكنة ينافيه ثم فالفرق بين مدة التصرية وخيار الحيوان ان الخيار في ثلاثة الحيوان فيها وفي مدة التصرية بعدها والحمل على التغير في اخر جزء من الثلاثة يوجب المجاز فيها وقد صرح جمع منهم بثبوته على الفور حتى من قال في عزه بالتراخي اقتصاراً على المتيقن وقد حمل كلام المصنف والجماعة على ان التحديد بالثلاثة لمصلحة المشتري اذ قد يكون اللبن كثيراً جداً بسبب التصرية فلا ينكشف باليومين بل لا بد من الثلاثة وليس الغرض ان الثلاثة كلها لا بد ان تكون ظرفاً للاختيار في سائر المقامات كما يظهر ذلك من الشهيد في غاية المرام والمحقق الثاني في تعليقه على الارشاد والاردبيلي في مجمع البرهان في جامع المقاصد ان المفهوم من النصوص ومن اطلاق كلامهم ان نقصان اللبن في جزء من الثلاث موجب للخيار وفي الدروس فلو تساوت الحلبات في الثلاثة او زادت اللاحقة فلا خيار ولو زادت بعد النقص في الثلاثة لم يزل الخيار وحمل الزيادة بعيد

من الخيارات وجه فلا اثر للنقصان في اليوم الثاني مالم يستمر الى اليوم الثالثة ولا يعتبر ع

الفصل على كونها بعد الثلاثة خلاف الظاهر وبناء على هذا الوجه ان تساوت الحلبات في الثلاثة او زادت اللاحقة

فلا خيار ولو زادت بعد النقص في الثلاثة تساويا عرفيا فلا تصرية وكذا اذا كانت الحلبة الاولى ناقصة وما

عداها زائد عليها واما اذا كانت الاوليان متساويتين والاخيرة ناقصة او تساوت الاولى والاخيرة

ونقصت الوسطى لم تثبت التصرية ويشكل ذلك كله في جميع الرهان باختلاف اللبن باختلاف

الزمان والمكان والماكول والمشروب فكيف تثبت التصرية بمجرد نقصانها في ضمن الثلاثة مع احتمال

استناده الى ما ذكر واجيب بانه قد يحكم بها اهل الخبرة من الرعاة واصحاب البقر والشياه حتى

عن الشاذ في الامور التي لها مدخلية في الغالب ولا يلتفتوا الى تلك الاحتمالات وفيه

منع ظاهر ثم انه على تقدير ثبوت التصرية بذلك فهل الخيار في ضمن الثلاثة على الفور او

ممتد الى اخر الثلاثة او مقيد بترك التصرف بعد العلم ولو بالحلب ولو تصرف سقط خياره

او يثبت له بعد الثلاثة فورا مع الشرط المذكور وفي ضمن الثلاثة له الرد بخيار الحيوان

فقط بناء على عدم سقوطه بمثل هذا التصرف وجوه سيعلم حكمها مما سيأتي

وفي الدروس لو علم بها اي التصرية بعد العقد قبل الحلب تخير قاله الفاضل مع قوله

في ثبوت الخيار قبل الثلاثة لو حلب انتهى وظاهره انكاره على العلامة الفرق

بين المقامين هذا كله اذا ثبتت التصرية بالاختبار واما اذا ثبتت بالبينة والاقرار

فهل يثبت له الخيار بمجرد ذلك او لابد مع ذلك من الاختبار قولان وظاهر اصل

القول الثاني الاكتفاء بالنقصان في الجملة في ضمن الثلاثة في ظهور التصرية المثبتة

للخيار وتحققها ولم يجد مصرحا باعتبار الثلاثة فيما نحن فيه كما تقدم في صورة

ما اذا لم تسبق البينة والاقرار بناء على اعتبار الاختبار بكل واحد من الاحتمالين

فلا اثر للبينة والاقرار لان المثبت انما هو الاختبار ومبنى القول باشتراط

الاختبار في ثبوت الخيار والقول بعدمه على ان زوال التصرية بعد ثبوتها

يرفع حكم

رافع لحكم الخيار اولا كالوجهين في ارتفاع العيب قبل العلم بوجهين الما
بالاول ان التصرية من حيث هي غير موجبة للخيار بل هي موجبة لظهار ما
ليس في المبيع من الصفات التي يوجب فواتها فاذا وجد ما اظهر
لم يكن لخيار ومع الشك في الوجود لابد من الاختيار لاحتمال ارتفاع
التصرية بسبب تغير المرعى او غيره او هبة من الله فلا يثبت الخيار لزوال
الموجب وفيه ان الاصل عدم الزوال فله ان يفسخ في الحال عن ان
فمه يبقى مراعى الى ان يكشف الامر ولعل اهل هذا القول يريدون
ان استقرار الفسخ مشروط بالاختيار ونسب هذا القول في المسالك
الى الاشهر وبه صرح في المبسوط والشرايع والجامع والتحرير
والارشاد والقواعد والتذكره وايضاح النافع وحواشي الكاشف
الرموز وصاحب الرياض وحجة القائلين بالثاني استصحاب
بقاء الخيار وفيه ان الخيار بعد لم يثبت حتى يستصحب وثبوته ظاهرا
لا بقيد وهو على خلاف القاعده فيقتصر فيه على المتيقن والمتيقن
عدى هذه الصوره ونسب هذا القول الى الشيخ في الخلاف وعليه
ظ المصنف في نكت الارشاد وظ المحقق الثاني والشارح في المسالك
المرتد ثم انه على كل من القولين من اعتبار الاختبار وعدمه هل
تثبت هذا الخيار على الفور او يمتد بامتداد الثلاثة مع ترك التصرف
بعد العلم ولو بالحلب او يثبت بعد الثلاثة فورا والثابت فيها خيار
الحيوان فقط بناء على عدم سقوطه بمثل هذا التصرف وجوه بل اقوال
ذهب الى الاول الشهيد في غاية المرام حيث قال ولو علم كونها مصراة

ثلثين (margin) / الخيار (margin)

قبل الطلب وبعد العقد يثبت له الخيار على الفور وظاهر التنقيح وايضاح النافع موافقته ايضا وانما خالف القاعدة من لزوم العقد على المتيقن وذهب الى الثاني الشارح في الشرح والمصنف في حواشيه على القواعد وهو الظاهر من عبارة الدروس حيث قال هذا الخيار على الفور اذا علم به والظاهر امتداده بامتداد الثلاثة اذا كانت ثابتة والاقرب حين العلم انتهى ومراده بالفورية انما هو بالنسبة الى علمه بها بعد الثلاثة فلا منافاة قوله بامتداده بامتداد الثلاثة وتردد العلامة في التذكرة بينه وبين الاول قال ولو اسقط خيار الحيوان فان خيار التصرية لا يسقط وهل يمتد الى الثلاثة او يكون على الفور اشكال ودليلهم على ذلك على ذلك النصوص العامية عن النبي صلعم من اشترى شاة مصراة فهو بالخيار ثلاثة ايام ان شاء امسكها وان شاء ردها وقد عرفت انها لا تصلح للحجية مع احتمال ان المراد بها خيار الحيوان ولا اجماع في المقام حتى يستنهض به والثمرة بين ثلاثة الحيوان وثلاثة التصرية على الوجه الاول ظاهرة فانه يسقط خيار التصرية بالاخلال بالفورية ويبقى خيار الحيوان وعلى الثاني تظهر فيما اسقط احدهما وابقى الاخر وذهب الى الثالث المحقق الثاني في جامع المقاصد والذي ينبغي علمه هنا هو امتداد الخيار بامتداد الثلاثة لانه خيار الحيوان كما صرح به الشيخ وتصرف الاختبار مستثنى دون غيره فلو علم بالتصرية فشرط بقاء الخيار عدم التصرف فاذا انقضت الثلاثة فالخيار على الفور وهو الظاهر من العلامة في التحرير حيث انه بعد ان وافق القاعدة في انه مدة الخيار

الخيار في المصراة ثلاثة ايام كغيرها من الحيوانات قال بلا فصل ويثبت على الفور ولا
يثبت قبل انقضاء الثلاثة على اشكال فليس المراد بالفور الفور بالنسبة الى ما بعد
الثلاثة وقد يستدل لذلك بان المفهوم من كلام الاصحاب ان خيار التصرية محله
بعد الثلاثة مطلقا وان الثلاثة كما تعتبر لثبوت التصرية تعتبر لزوالها وهو وهم
كما عرفت من نقل كلام جملة منهم ويعرف فانه في صورة الثبوت بالبينة والاقرار
الثلاثة في الاختبار بالنقصان في الحلب ولم يعتبر احد منهم الثلاثة كما عرفت
واما كلام الشيخ في المبسوط والخلاف وما في الجامع والتحرير من ان هذا الخيار
ثلاثة ايام مثلها في سائر الحيوانات فظاهرها تقييد خيار التصرية بالثلاثة
مطلقا سواء ظهرت بالاختبار او بغيره وليس بمراد قطعا كما تقضي به ضم كلامهم
بعضه الى بعض بل المراد بيان ان الثلاثة لمكان خيار الحيوان في مقابل ما رواه
العامة وذهب اليه بعض الاصحاب كما عرفت من ان الثلاثة للتصرية وقد
استظهرنا ما ذكرناه في غاية المرام من التحرير ونقل التصريح به عن الشيخ في
وعلى كل حال فليس في ذلك دلالة على ثبوت الخيار بعد الثلاثة وعدم ثبوته
وربما يحتمل ارجاع القول بالفورية الى القولين الاخيرين بان يراد بالفورية
ثبوته له في ذلك الوقت وان استمر الى الثلاثة ويكون ذلك لمكان
خيار التصرية فيرجع الى القول الثاني او لمكان خيار الحيوان فيرجع الى
الثالث مع احتمال ان يراد بالفورية معناها ولكن فيما بعد الثلاثة
فيرجع اليه ايضا والكل من البعد بمكان والتحقيق ان هذا الخيار فرد من
افراد خيار الوصف كما عرفت فاذا قلنا باستثناء تصرف الاختبار وان كثر
من السقوط بالتصرف كان على الفور كغيره من خيار الوصف اقتصارا على

المتيقن من الخروج عن دليل لزوم العقد ويبقى خيار الحيوان مستمرا الى الثلاث
واما اذا لم نقل بتوقف هذا الخيار على الاختبار ولم يكن قد تصرف فلا
اشكال ولم نقل باستئنافه كما هو الاقوى كان مقتضى القاعدة سقوط
خيار التصرية بالنسبة الى هذه الصورة بالكلية وكذلك يسقط خيار الحيوان
ايضا ولا نقول بثبوت خيار التصرية فيها فيما بعد الثلاث لعدم الدليل عليه نعم في
صورة ما اذا لم يمكن الاختبار الا بمضي ثلاثة ايام نقول به للدليل اللهم الا ان
يجعل مناطا بين الصورتين فيثبت في الثلاث على الفور وان تصرف ولسقط
خيار الحيوان وهو الاقرب وابتداء ثلاثة التصرية من حين العقد لا من حين
التفرق كما نص عليه بعض الاصحاب قال المصنف (ره) ويرد معها اللبن

حتى المتجدد او مثله لو تلف لا كلام في وجوب رد اللبن الموجود بعينه
حال العقد اذا لم يتغير وحكي عليه الاجماع في شرح الارشاد للفخر ولا ينافي
ذلك ما في المهذب البارع من جعل رد اللبن مع وجوده محل خلاف
وان الاقوال فيه ثلاثة رده فقط ورده وصاعا من حنطة او تمر معه
ونسبه الى ابن الجنيد ورده وصاعا من تمر او ثمنه لا غير ونسبه الى ابن البراج فاذا
الاقوال الثلاثة القول كلها مشتملة على رد اللبن الذي قضى به الاجماع وان قضى بعضها
برد غيره معه والمنقول في المختلف عن ابن الجنيد انه اذا رد ما حلبه
لم يكن عليه شيء وعن القاضي انه جزم بانه لا يجبر على اخذه بل له اخذ صاع
من التمر او البر وهو يخالف ما في المهذب ثم في كشف الرموز لا خلاف
في انه مع وجود اللبن لا يلزم الا رده معها وهو ينافي ما في المهذب وباعتبار
ما ذكرنا حمل جماعة كلام الشيخ في ط حيث قال اذا كان اللبن باقيا لم يجبر البايع

عليه وان قلنا انه بحكم كان قويا وكلام القاضي في الكلام على ما حكاه عنه في المختلف من انه لم يحد جازماً

بمثابه على ما اذا كان قد تغير اذ شأن اللبن ذلك غالباً او ح[illegible] او بحر وح الارش كما حمل كلام

الشيخين في عدم [illegible] حينئذ قالا الا انه اذا ارادها ردّ معها قيمة ما احتلبه من لبنها بعد اسقاط

قدر ما انفق عليها الى آخره على صورة التعذر والدليل على وجوب ردّ اللبن حال العقد بعد

الاجماع المنقول سابقاً كما عرفت انه جزء من المبيع فاذا فسخ البيع ردّه كما ردّ المصراة والروايات

العاميه وان كانت صريحة بخلاف ذلك الا انها ساقطة عن الحجية كما عرفت واما مع تعذره فقد ذهب

مشهور الاصحاب الى انه يرد مثله فان تعذر فقيمته وقت الدفع ومكانه كغيره من الاعيان المضمونة

والمخالف في ذلك الشيخ في الخلاف والمبسوط وابو علي على ما حكاه في المختلف والقاضي في المهذب فيما

حكي عنه وابن زهرة ويحيى بن سعيد فقالوا انه يرد عوض اللبن صاعاً من بر او صاعاً من تمر وزاد

في المبسوط انه مع تعذر الصاع تجب قيمته وان اتى على قيمة الشاة ولا اعتبار بفضل الاوقات

واستدل عليه في الخلاف باجماع الفرقة واخبارهم وفي الغنية الاجماع عليه ونقل عن الشيخ قول

آخر بانه مع ردها يرد معها ثلاثة امداد واستدل له صاحب الكفاية بحسنة الحلبي

السابقة قال والرواية مختصة بصورة شرب اللبن ولا يبعد العمل بمضمونها لحسنها

مع اعتضادها بغيرها انتهى وظاهر الرواية ثلاثة امداد من لبن وقيل من الطعام

ولا وجه له وقد حمل جماعة من المتأخرين كلام الجماعة على ما اذا كان قد تعذر وكان

ذلك هو القيمة السوقية باعتبار مخالفته للقاعدة لان المقدر من غير المثلي في المثلي

لا وجه له خصوصاً اذا كان مما يزيد وينقص ولو جعل كالقيمي وجب قيمة المثل والمثل

لا معنى مع كونه مما يزيد وينقص مع مخالفته للمشهور بل كاد ان يكون اجماعاً

مع ان القاضي في الكامل وافق المشهور والشيخ في النهاية لا يأبى كلامه الحمل على المشهور

فالاجماع المدعى ممنوع والاخبار المرسلة في الخلاف لا تصلح للاستناد اليها لما عرفت من

اعتراف كثير من الاصحاب بعدم وجود نص خاص في الباب بعد كالفحص وكثير مع خلو كتب الاخبار عنها وخبر ابي هريرة وان دل على ذلك الا انهما لمكان ضعفهما واضطرابهما وسقوطهما عن الحجة حتى مع الجابر وعدم الجابر لهما في المحل مع مخالفتهما للقاعدة لخبر عبد الله بن عمر محمولان على ما حمل عليه كلام الجماعة وعسالك نقول ان فتوى هؤلاء الجماعة والاجماعين بحكم الاخبار المرسلة في الخلاف والجزء العامين وقد نسب في الحدائق نقل الاجماع الى علمائنا فقال وما نقله علمائنا من الاجماع الخ فلا حاجة الى التنزيل وفيه ما عرفت واما رواية الامداد فيها مع ما سبق انها غير مخصوصة بالمصراة والاخذ باطلاقها مخالف للاجماع هذا كله بالنظر الى الموجود حال البيع واما بالنسبة الى المتجدد في الثلاثة فصريح المقدمة وايضاح النافع وظاهر المقنعة والنهاية والسرائر والتحرير والمفاتيح انه يرده ايضا ونسبه في ... الى اطلاق الاصحاب وفي مجمع البرهان انه ظاهر عبارات المتون والمبسوط والتذكرة وشرح الارشاد للفخر وكشف الرموز ومع صحة ونعليق النافع والمسيمة والمسالك لا يرد وهو الاقوى وفي موضع انه عليه الفتوى واستشكل فيه العلامة في القواعد وولده في الايضاح والمقداد في الدروس وجعل جماعة مستند الوجه الاول اطلاق النص وفيه انه لا نص في مسالك من طرقنا والاخبار الثلاثة في الباب الواردة من طرق العامة على فرض الاستناد اليها ليس فيها تعرض لرد اللبن ولعل الوجه فيه اصالة عدم وجود لبن اخر والاطلاق كلمات الاصحاب برد اللبن وفيه انه لا ريب في حصول العلم بالتجدد بمقتضى العادة سيما بالنسبة اليوم الثالث فينقطع به الاصل مع ان محل البحث التجدد نعم حيث يحصل الشك يتمسك بالاصل ومع العلم بالامتزاج يصطلحان والظاهر ان الحاكم قبل الانفصال للبائع نعم حيث يمتزجان في الخارج يتوجه الصلح واما اطلاق

كلام الاصحاب فالمتيقن منه الموجود حال البيع ح ان الناصين على العدم جمع غفير فلا
اجماع يعول عليه في المقام واما حسنه القول الثاني فهو ان الخراج بالضمان والمتجدد
نماء ملك المشتري فلا يرد وبنى المسئلة في الدروس والتنقيح على ان الفسخ يرفع
العقد من اصله او من حينه ولا ريب ان فسخ العقد عندهم في ساير المقامات
انما يقع من حينه مع ان استصحاب الاثار المترتبة على العقد يقضي بذلك نعم لو
قلنا بعدم انتقال المبيع في زمن الخيار صح ذلك ثم انه على القول برد
المتجدد فبحث يتعدد يجري الخلاف السابق كما يقضي به اطلاق كلامهم هناك
ولا نكر رد الصوع والامداد واذا تغير اللبن فاقوى الوجوه رده مع تكملة النقصان
كما في التذكرة والدروس وجامع المقاصد والشرح والمسالك ومجمع البرهان وغيرها و
لانه مضمون على المشتري فانه جزء المبيع هذا اذا لم تتفاوت قيم الامثال
ولو تفاوتت قيم الامثال فاشكال وربما احتمل رده مجانا كما احتمل الانتقال
الى بدله وقال في الدروس لو اتخذ جبنا فظن انه كالتالف وفيه
انه عين المال ثم قال ولو قلنا برده فله ما زاد بالعمل ثم اعلم ان هذا الخيار
يسقط بالتصرف بغير الحلب كساير الخيارات نعم التصرف بخصوص الحلب
استثناه الدليل فما صرح به صاحب الحدائق من عدم سقوط خيار التدليس
مطلقا بالتصرف مطلقا لا وجه له والتصرف بالحلب يسقط به جميع الخيارات اما
عدا هذا الخيار فلو رضي بالتصرية ثم ظهر على عيب اخر فان كان قد حلبها فلا رد ولو تصرف باللبن
بعقد صلح او استحقاق بغير هذا البيع باي ناقل كان كان له الرد بخيار الحيوان او العيب
غيرهما وكذا جميع الخيارات التي تسقط بالتصرف اذا استند التصرف فيها الى عقد اخر فلا
يسقط الخيار ويسقط بعلم المنقول اليه والاسقاط واشتراط السقوط وبالبراءة من جميع

ليس

الناقص ولو كانت الشاة المصراة فلا شيء له كما في عدة من كتب ومع ضده لانهما من ضمانه وظاهر جماعة انه
له الفسخ حينئذ وقد يقال انها لو كانت بغير تفريط من المشتري فله الفسخ ورد المثل او القيمة
كما تقدم في خيار العيب وهذا الخيار نوع من خيار الوصف وخيار الوصف اعم منه وقد
يكون فرداً من العيب كما اذا كان نقص اللبن متجاوزاً للحد بحيث يكون مخالفاً للعادة العامة
ويتخير حينئذ بين الرد والارش قال المصنف العاشر خيار الاشتراط الكلام في هذه المسئلة
يقع في مقامات الاول في معنى الشرط ان لفظ الشرط في هذا المقام يحتمل احد معنيين
اما ما ينتفي المشروط بانتفائه وكان هو ما يتوقف عليه وجود المشروط وان لم يلزم من وجوده
وجود المشروط او ما يلزم ويلتزم به وكلاهما من المعاني والحقائق العرفية ولكنهم لما كانوا
يستدلون في هذا المقام في موارد المسئلة بمثل قوله عليه السلام المؤمنون عند شروطهم فلا بد من حمله
على المعنى الاول كما يظهر من كلام الاكثر وهو اشهر المعنيين واكثرهما استعمالا لئلا يلزم استعمال
المشترك في معنييه او اللفظ في معنييه الحقيقي والمجازي ورجح بعض المتاخرين حمله على المعنى
الثاني ويشكل عليه انه بناء على ذلك يقتضي وجوب الالتزام بكل ما التزم به المؤمن ولو بغير طريق
الوعد ولا قائل به من الاصحاب اللهم الا ان يخصص بما عدى ذلك او يدعى ان المراد بالالتزام
والالتزام به في ضمن العقد سواء علق لزوم العقد واستمراره عليه ام لا باعتبار ظهور لفظ الشرط في الالتزام
الالتزام التابع المربوط بغيره والتبعية والارتباط حاصلة في المقام وان لم يكن العقد مرتبطاً به
وبهذا يخرج الشرط المبتدء ولذا لا يعد من الشروط شرط الاحلال عند الصد في الاحرام وشرط
الاعتكاف وشرط الخدمة في العتق والشروط في النكاح وفيه انه تقييد للنص
من غير دليل والظهور المدعى ممنوع وسيأتي لهذا مزيد
بيان ثم الظاهر ان المراد بالشرط في هذا المقام
ما كان من الشرائط المستقبلة دون الماضوية والمقارنة

[illegible]

كالبناء عند اشتراط الإيجاب والمقدوريه ونحوها ويكون الضمان
والخراج داخلين في خيار الرؤية او الوصف او العيب او التدليس
في بعض الاحيان وربما جعلوا بعضهم تحقق الوقوع مع التسلط
كطلوع الشمس قسيما للشرط وسموه الصفة المقام الثاني في التعليق
على الشرط فنقول لاريب ان الانشاء لا يقبل التعليق بمعنى تعليق
نفس الانشاء اذ ليس له مدلول وراء لفظه وانما يحصل باللفظ فلو
علق كالخيار مثلا بانه سيشتري بعد ذلك فلا انشاء بالفعل وانما
الكلام في قبوله التعليق بمعنى تعليق المنشأ سواء كان على معلوم
الوقوع او مظنونه او مشكوكه لان المنشأ كما ينشأ مطلقا تارة ومقيدا
اخرى كذلك ينشأ معلقا تارة ومنجزا اخرى والترديد والتشكيك
في وقوع المعلق عليه لا يقدح فانه لا يعود الى الانشاء لان
الانشاء قد حصل الجزم به على احد التقديرين وكون كل واحد
من التقديرين غير مجزوم به في الواقع لا ينافي ذلك
على الجزم في الوقوع ... مترددا في الوقوع ...
... وان كان مترددا في ... بل ...
... بالشرط ... حصول الجزم بالنسبة الى ذلك
بل هذا يجري في العبادات ايضا ولهذا صح قوله ان كان مالي الغائب
سالما فهذه زكاته والا فنافلة ومن ذلك في باب العبادات التي شرطها الجزم بالنية دخول المأموم
في الصلوة مع الشك في ادراك الامام راكعا والمستصحب لا يفيد
جزما ونحو ذلك ومن هذا الباب ما ادعاه العلامة من الاجماع
على صحة التوكيل لو قال ان ... ادا ... الجاهم

ولا ينافي ذلك ما ادعاه من الا

هو بالنسبة على شرط ولو وصف فان تقدم الى انه

ثم بالنسبة الى العقود لا يجوز فيها التعليق [illegible]

ان [illegible] الترديد فلا يصح ان يقال بعتك ان تفعل كذا ولا يصح

فعل كذا وان لم يكن الشرط فيها بمعنى الالتزام بل [illegible]

من عدم الفرق [illegible] الشرط شرطا في [illegible] لان الشرط

القسم الثاني من توابع العقد ولو احقه [illegible]

وفي القسم الاول مقصود بالاصالة فلا [illegible]

على [illegible] الثاني لذلك دون الاول فالمنافي حقيقة [illegible]

لفظ الشرط وارادة معنى واحد وفي المقامين انما يرجع الترديد

الى المنشأ دون الانشاء [illegible] جار في غير العقود من اقسام الا

وقد يقال ان الفارق الدليل وهو الاجماع فانه قد منع من التعليق

دون [illegible] والانشاء [illegible] الشرط [illegible] بمعنى واحد وفي المقامين انما

يرجع الترديد والتعليق الى المنشأ دون الانشاء وهذا جار في

غير العقود من اقسام الانشاء نعم بالنسبة الى العقود لا يجوز

فيها التعليق ولو باعتبار المنشأ لانها مبنية على وقوع آثارها من حينها

اما للاجماع على ذلك او باعتبار ان مفاد صيغها ذلك لا با

عتبار منافاة الانشاء للتعليق فان ذلك فاسد كما عرفت

واما ما اجازه الاصحاب من صحة اجارة الدار بعد سنة

فليس فيه منافاة لما ذكرنا لان [illegible] ملك بعد سنة حاصل للمستأجر

الآن وتترتب عليه ثمرات الملك وما ادعاه العلامة من صحة

الاجماع على صحة التوكيل لو قال انت وكيلي في بيع عبدي اذا قدم

الحاج لا ينافي ما ذكرنا فان قدوم الحاج قيد للبيع لا التوكيل وهذا

نقل الاجماع هو بنفسه على عدم جواز تعليق الوكالة على شرط او وصف

ولا فرق في عدم جواز التعليق فيها بين الصريح كالمعلق على شرط وشبهه او المعلق بالقصد كبيع الفضولي معلقا له على الاجازة بحسب قصده او بيع مال مورثه معلقا له على الموت كذلك او بيع ما شرطه الملك قبل القبض من صرف او سلم معلقا للملك على القبض ولو بالعقد نعم اذا جزم بالايقاع كفى وان كان مترددا بالوقوع او خالي الذهن ولا يريد بمقارنة الصيغ بآثارها ازيد من ذلك ولذلك ان المغصوب يصح بيعه عندهم اكتفاء بالقصد العرفي ويكتفون فيه بالجزم بالايقاع الى ذلك ثم نعم المعلق بالنسبة الى الشرط الاقوى جوازه كما يدل عليه التعليق على رد الثمن في شرط الخيار واشتراط المؤامرة ودعوى الاقتصار في ذلك على خصوص المقامين او على خصوص شرط الخيار وان كان بعضها لا وجه له والعذر مندفع في ذلك عرفا وتعتبر في كونه انه ما يعتبر في الاوائل وليس فيه منافاة للجزم بمورد الشرط الاول ومع عدم حصول المعلق عليه ينتفي المعلق ولا يثبت له خيار بانتفائه ودعوى سراية التعليق الى المشروط الاول ممنوعة والتعليق على المقارن المحقق الوقوع ليس من التعليق وما يقال ان الشرط عندكم ملكية الشرط كما سيأتي وهي من المقارن المتحقق الوقوع فينبغي بناء على ذلك عدم البأس ببيان ان الشرط والتعليق عليها بالنسبة الى ذلك وانتم لا تقولون به قلنا لا ريب ان الملكية شيء متأخر عن التعليق بالذات ومترتب عليه فاذا لم يصح التعليق لم يبق ما هو المترتب عليه فهذا من باب التعليق حقيقة بخلاف الاول نعم هو من باب دور المعية كما سيأتي ثم والظاهر ان العقود لا يجوز فيها ما ظاهره الترديد الصريح اجماعا مثل الشرط في شروطها انه لا يفيد الترديد ولهذا جاز بعتك بشرط كذا او لا يصح بعتك ان تفعل كذا وان كان لفظ الشرط واداته بمعنى واحد لان الشرط في القسم الاول

٧ شرط صح

٧ هو صح

من توابع العقد ولواحقه وبمنزلة جزء واحد متعلقا به حتى قيل ان الشروط في البيع
صفات للمبيع وفي القسم الثاني مقصود بالاصالة فلا يدخل كالشرط المنفصل متقدما
ومتاخرا هذا اذا لم نجعل الشرط بمعنى الالزام والالتزام واما اذا جعلناه بهذا المعنى
فلا كلام والفرق ظاهر حينئذ بين لفظ الشرط واداته بمعنى واحد من ادوات الشرط فافهم
والظاهر ان الايقاعات كالعقود في عدم قبولها التعليق الا ما كان الشرط فيه بمنزلة
المقوم وكان بناؤه عليه غالبا كما في القسم والنذور والعهد والظاهر ونحوها فانها
قد شرعت في مثل ذلك وفي الغالب بوجه فيها التعليق وربما ادعى بعض المتاخرين
عدم جواز التعليق فيها كالعقود وانها هي والعقود سواء وان ما يرى من التعليق
فيها هو تعليق للمتعلق فالنذر لا تعليق فيه وانما التعليق للمنذور وهكذا قال واما
التدبير فظاهر الاصحاب بانه وصية لا تعليق بالموت كما صرح به الشهيد في القواعد
انتهى وفيه انه ليس محل البحث تعليق نفس الانشاء وانما الكلام في تعليق المنشأ
وقد عرفت ان الثاني لا يجوز في العقود ولو جاز في بعض الايقاعات وما الاول فلا
يجوز في الانشاء مطلقا ولا كلام فيه نعم هذا التوجيه في مقابلة من يجعل تعليق نفس الانشاء
في هذه المقامات وان الشارع قد نصبه بهذه الصور وان كانت من قبيل الاخبار
لا وجه وجيه فيه المقام الثالث ان الشروط من العبادات الصرفة غير سائغة
فشرط التسمية والحصر في الصوم وشرط الاعتكاف والاحرام على خلاف القاعدة
والظاهر ان المراد به فيها معنى الالتزام والالتزام على سبيل الاستقلال على سبيل
الربط والانضمام ويحتمل ان يكون صوريا محضا واما الايقاعات فلا تدخل
فيها الشروط لان الشرط يحكم العقد ايجابا وقبولا ومنافاته لها الا في العتق
للدليل والمراد بالشرط فيه ما سبق كما في العبادات على الاقوى والا فيما كان

بلغ مقابلة تصحيحا

الشرط فيه بمنزلة المعدوم كما تقدم واما العقود فاللازم منها بالوصل له كلام في جريانه
فيها وفائدته الوجوب او التسلط على الخيار كما سيأتي واما اللازم ما لعارض كالهبة
المعوضة وللرحم وللثواب فيجري فيها حكم اللزوم الوصلي والفائدة فيه هي الفائدة في
الاول الا في مثل الاجرة ومثله الوقف فان الفائدة فيه فيهما الوجوب لا غير فلو اخل به
فلا خيار والظاهر انه انما يجيء بذكره باستعمال الموهوب والموقوف ويشكل الفائدة
حج على القول بان ثمرة الشرط الخيار لا غير واما العقود الجائزة من الجانبين وان
كانت فعلية كالمعاطاة ففائدة الشرط فيها الوجوب مع قيد الاستمرار على الشروط
فيكون من قبيل الوجوب الشرطي وربما جعل فائدته منع التصرف بدونه وربما
قيل ان فائدته رفع الرجحان وهو عن بعيد واما الجائزة من جانب واللازم من اخر
فيعلم حالها مما سبق المقام السابع ان المراد بالشرط في هذا المقام هو
المتصل بالعقد المتأخر عنه المقيد له مظهرا او مضمرا بشبهه فالشرط المنفصل مط
والمتصل مع تقدمه على العقد المنفصل او المضمر عن المدلول عليه بالقرينة الحالية
او المقالية لا يدخل تحت هذا العنوان اما اعتبار المنفصل مطلقا فلعدم دخوله
تحت الشرط ولا خلاف في عدم اعتباره على الظاهر وما يظهر من الشيخ في النهاية من
الاكتفاء بما ذكر بعد العقد فلا يبعد ان يكون مراده ما ذكر بعد الايجاب كما ذكره
صاحب المدارك في شرح النافع وقال ولا يتحقق الخلاف في المسئلة وعلى ذلك
تنزل الاخبار الدالة على ذلك واما عدم اعتبار ما تقدم فلظاهر الاجماع ومنع صدق
الشرط عليه وللاخبار الكثيرة المصرحة بان الشرط انما هو بعد النكاح المؤولة
بما بعد الايجاب كما عرفت به ظاهر الرواية بن ابي بكير هو ذلك قال ابو عبد الله
ع اذا اشترطت على المرئة شروط فرضيت به واوجبت التزويج فان ورد عليها

٧ عدم صح

شرطلك الاول بعد النكاح فان اجازته فقد جاز وان نجزه جاه فلا يجوز عليها ما
كان من الشروط قبل النكاح ونقل المحقق في الشرائع قولا عن بعض الاصحاب بلزوم
اعادة الشرط بعد العقد وان ذكره في العقد ولعله ناظر الي هذه الرواية
وهو بعيد نعم في الرواية ان الشرط المتقدم فان كان مبنيا عليه عند العقد اعتبر
ورجع الي المقارن والا فلا اعتبار به واما الشرط المستقبل الغير المفيد للعقد كما
في شرائط النكاح فالظاهر عدم دخوله تحت عنوان الشرط في هذا المقام وعدم شمول
ادلة الشروط له كما يظهر من المشهور وسيأتي مزيد بيان واما الشرط المضمر الذي
لم تدل عليه القرينة ولم يقصد من اللفظ فلا خلاف في عدم اعتباره ولا يدخل
تحت دليل الشروط بل هو من قبيل الداعي التي لا تؤثر شيئا بالنسبة الي العقد
وربما ظهر من كثير من عباراتهم في كثير من المواضع عدم اعتبار ما اضمر في العقد
اضمارا وبني عليه العقد في القرينة حالية او مقالية وان الشرط بمنزلة الصيغة
لو بد من التصريح ولا يبعد اعتباره لدخول ذلك تحت اطلاق الشروط فتشمله
الادلة ولان اكثر الشرط لو يزيد علي العوضين وهما كاف ذلك فيهما والا فالاكثر
ذلك مقبلت وجه هذا المقام الخامس ان الشروط ليست
كاحد العوضين في جميع الاشياء وان اشتهر ذلك علي السنة الفقهاء فان المراد بذلك
شبهها بالعوض في بعض الوجوه كثبوت الخيار عند عدمها كما في تبعيض الصفقة
وامثال ذلك لذلك مدخل في المنافع والحقوق ولو يقسط عليه الثمن وان تفاوت
الثمن والمثمن بسببها نقصا وزيادة من البائع والمشتري كالاجل ويجري فيها
من العلم ما يجري به في الصلح والمعاطات والعقود الجائزة كما ينبي عن عدم
ذلك شرط العزام واشتراط الحمل واسقاط الخيارات وشرط النفقة للخادم

وعقد

لذلك صح

ومؤونة الدابة وان كل ما يفترض للمعاملة بينهما وشرط الزكاة على المشتري من خارجه

الودع وشرط اجرة الوزان والميزان والنقاد والكيال الكيلة ونحوها ودعوى

خروج ذلك كله بالدليل لا وجه له ومنشاء ذلك عموم ادلة الشروط بل وعموم ادلة

العقود بالنسبة اليها وان تقيدت كما في البيع بنواهي الغرر فما يظهر من تضاعيف كلمات

هم من ان الشرط بمنزلة الثمن فيكون حكمه حكمه على اختلاف احكامه باختلاف العقود

فيعتبر في شرط البيع ما يعتبر في ثمنه في شرط الصلح ما يعتبر في ثمنه وهكذا ودليل

عليه كما لا انه كالثمن في البيع مط ولا يختلف باختلاف العقود فيكون في باب الصلح

اسوء من ثمنه فانه بعيد جدا او لا قاعدة ظاهرة لمنزلة ومن هنا يعلم بالنظر الى القدرة

على التسليم وغيرها يغتفر فيها ما لا يغتفر في احد العوضين قال ويصح الله

اشتراط سائغ في العقد اذا لم يؤد الى جهالة في احد العوضين او يمنع منه الكتاب والسنة

كما لو شرط تاخير البيع او الثمن ما شاء او عدم وطي الامة او وطي البائع اياها اقول

هذا الضابط للشرط نص عليه جماعة من الاصحاب كالمحقق والعلامة وغيرهما ونسبه في

المهذب البارع الى علمائنا وقال في الكفاية لا اعلم فيه خلافا وربما قيل ان القيد الثاني

فيه حعن عن الاول لان معاملة الغرر منهي عنها في السنة وفسر جماعة من المحققين المخالفة

للكتاب والسنة بكون الشرط مخالفا لمقتضى العقد بان يقتضي عدم ترتب الاثر الذي

جعل الشارع العقد من حيث هو هو يقتضيه ورتبه عليه وقال في المسالك ويشكل باشتراط

عدم الانتفاع زمانا معينا فان مقتضى العقد اطلاق التصرف في كل وقت وباشتراط

اسقاط خيار المجلس والحيوان وما شاكل ذلك مما اجمع على صحة اشتراطه انتهى

وقال المص في القواعد كل عقد شرط فيه خلاف ما يقتضيه مع كونه ركنا من اركانه

فهو مبطل بالبيع واشتراط نفي تسليم المبيع الى المشتري والثمن الى البائع او الانتفاع

باحدهما للتنقل اليه وان لم يكن من اركانه ولكنه من مكملاته كاشتراط نفي خيار المجلس او الحيوان فعندنا يصح لان لزوم العقد هو المقصود الاصلي والخيار عارض ومنعه بعضهم لان الغرض من ادخال الخيار هنا التروي واستدراك الفائت فهو من مقاصد العقد فاشتراط الاخلال به اخلال بمقاصد العقد قلنا هو المقصود بالقصد الثاني لا الاول انتهى وربما ذكروا من جملة ما خالف الكتاب والسنة المعاصي والقبائح مثل ان يشترط الزنا وشرب الخمر ونحو ذلك ثم ان امثلتهم قبلتهم الى المنشرع وغير المشرع والمنافي لمقتضى العقد وغير المنافي وغير موافقة كما تحكم في باب الرملة مخالفة وتفصيل المقام ان الشروط اقسام احدها المؤكدات وهي ما يذكر فيها مقتضيات العقد لدخولها في المعنى كالخروج عن ملك الناقل والدخول في ملك المنقول اليه او في اللوازم لمقتضى ككيفية التقابض والشركة في الشركة والمزارعة ونحوها والتفرق والقبض والاقباض والمنفعة والقسم ونحوها او في بعض الزمان كخيار المجلس والحيوان وفي الاتفاقيات كخيار العيب والغبن والرؤية والوصف والتاخير والتدليس ونحوها وهذه الشروط وجودها كعدمها كما في القواعد ولا تفيد شيئا كما في التذكرة ولا تفيد نفعا ولا ضررا كما في المبسوط واكثر ما نحن وفي الغنية لا خلاف في صحة ان يشترط في العقد ما يقتضيه ثانيها ما يذكر فيه مقتضيات الصحة كالقدرة والمنفعة والعلم والاباحة والطهارة على تفصيل سبق ونحوها وهو كسابقه ثالثها المستحبات وهي ما اقتضى بها الشرط من المباحات مما فيه مصلحة المتعاقدين او احدهما من جهة العقد كالرهن والضمين والخيار والاجل والشهادة او من جهة متعلقه كصياغة وخياطة ونظيره وصفة ونقله وضبطه وحفظه وبيعه على غير البائع وعتقه واجارته واعادته ومكاتبته وتدبيره

وصح

المصرح

وتدبيره ووقفه والتصدق به ونحوها او من خارج كاشتراط مال او منفعة او عمل من الخارج او عقد كبيع او اجارة او صلح او قرض او اقراض ونحوها وقد نقل الاجماع في القواعد على الاولين ولكن في الثاني بالنسبة الى صفة المقصود كالخياطة والكتابة كما في التنقيح وقال عندنا وعند الشافعي في التذكرة وفي الغنية لا خلاف في صحة الشرط الذي للمتعاقدين مصلحة فيه وفيها الاجماع على صحة اشتراط ما يمكن تسليمه كحيوان يشتري ثوبا على انه يخيطه البائع او يصبغه او ان يبيع شيئا اخر ويبتاع منه او ان يشترط على مشتري العبد عتقه وفي السرائر لا خلاف في انه يجوز ان يشترط الانسان على البائع شيئا من افعاله اذا كانت مقدورة له وفي المبسوط وغاية المراد والمهذب البارع وايضاح النافع والمسالك الاجماع على صحة اشتراط عتق العبد وفي غاية المرام نفي الخلاف فيه وفي التذكرة بالنسبة اليه والى جميع افراد القسم الاخر قال عندنا في عدة مواضع وظاهرها وظاهر المهذب البارع الاجماع على صحة الكتابة وفي غاية المرام لا خلاف في صحة اشتراط التدبير وظاهر التذكرة الاجماع عليه ايضا وعلى الوقف والصدقة وفي الخلاف يجوز ان يبيع دارا على ان يقرضه المشتري الف درهم او يقرضه البائع الف درهم ونقل الاجماع وفي الانتصار مما انفردت به الامامية جواز ان يبتاع الانسان من غيره متاعا نقدا او نسيئة على ان يسلف البائع شيئا او يقرضه مالا الى اجل او يقترض عنه ثم ادعى الاجماع وفي المختلف المشهور بين علمائنا الماضين ومن عاصرناهم الجواز لانهم نصوا على جواز ان يبيع الانسان شيئا ويقترن بشرط الاقتراض والاستقراض والاجارة او السلف او غير ومن عاصرناهم الجو منهم ابن رشد انه يوجب بيع الشيء اليسير باضعاف قيمته بشرط ان يقرض البائع المشتري شيئا لانهم نصوا على جواز ان يبيع الانسان شيئا ويقترن بشرط الاقتراض والاستقراض والاجارة او السلف وغير

ذلك انتهى وانت خبير بان عمومات الشروط قاضية بتعميم ذلك مع ما عرفت من

اتفاق الاصحاب ولا مانع منه فالقول به متعين نعم بالنسبة الى شرط الخيار كلام تقدم

سابقا والاجماع منقول عليه في التذكرة والايضاح وغيرهما رابعها اشتراط ما لا نفع

فيه مما لا يتقوم شرعا ولا يتعلق به غرض عرفا وان كان نادرا ومن هنا كانت دائرة الشرط

اوسع من دائرة البيع وانه يغتفر في الثواني ما لا يغتفر في الاوائل كاشتراط الحشرات

كالخنافس والديدان حيث لا يتعلق بها غرض او ما لا نفع فيه من غير الحيوان كذلك

وذلك وعلى هذا ينزل كلام الشيخ في المبسوط والقطيفي في ايضاح النافع وغيرهم حيث

قال ان الشرط الذي لا يقتضيه العقد ولم يتعلق به مصلحة للمتعاقدين ولا يبنى على التغليب

يكون باطلا انتهى وفي التذكرة بعد ان ذكر مثل عبارة الشيخ قال ان ذلك جائز عندنا

ان لم يخالف المشروع ولم ينافي العقد انتهى ولعله يريد ما لا يتعلق به مصلحة المتعاقدين

للعقد لا مطلقا كما يشعر به كلامه او يريد المقوم شرعا غير نفع النافي لو نفى المقوم الذي

لا يتعلق به غرض ولو نادرا يمكن ادراجه في ما خالف المشروع وما في التذكرة انه

انه لو باع شيئا بشرط ما يقتضيه العقد ولا ينافيه ولا يتعلق به غرض يورث التنازع

والتنافس كاشتراط ان لا ياكل الا الهريسة ولا يلبس الا الخز وهذا الشرط لا يقتضي

فساد العقد عندنا وهل يلغو او يفيد التخيير الاقوى الثاني قال وكذا لو باع بشرط

ان يصلي النوافل او يصوم غير شهر رمضان او يصلي الفرائض في اول اوقاتها

انتهى لا ينافي في ذلك لتفسيره نفي الغرض بالذي يتعلق به التنازع والتنافس لا

مطلقا كما ترشد اليه امثلته اخيرا اقوى والدليل على فساد هذا الشرط عدم دخوله

تحت قولهم عليهم السلام المؤمنون عند شروطهم وتحت قوله تعالى اوفوا بالعقود ولا

اقل من الشك فيرجع فيه الى الاصل من عدم لزوم الشرط مضافا الى انصراف

حلاله اذ ليس غرض منه الا مجرد تحريم الحلال وما كان كذلك كان باطلاً حتى في مثل النذر واما بحكمه الامع شروطها لخاصه وقد يقال ان اشتراط الترك من هذا القبيل لانها لا تملك ولا يصالح عليها والشرط لا بد ان يكون مملكاً لا نجزء من العقد وحيث لا ملك فليس فائدته الا مجرد تحريم الحلال وفيه نظر فان الاعراض بالترك لكثيره الا ان يدعي قيام الاجماع على كون الشروط مملكات او يدعي فهم ذلك من دليلها قال بعض المحققين ان المتبادر من ادلة الشروط وقولهم ع المؤمنون عند شروطهم ونحوه هو ما كان له تعلق بالعقد ويكون مما يؤل نفعه للمتعاقدين فاذا لم يتعلق غرض لاحدهما او كليهما بالشرط من حيث المنافع الدنيويه التي هي موضوع تلك العقود عالبا بمحض الغرض في ايجاب المباح او تحريمه مثلا فيخرج من مدلول ادلة الشروط فيثبت بطلانه من هذه الجهه فيكون الاستثناء في قوله ع الا ما حرم حلالا او حلل حراما مخصوص بالافراد التي لها مدخل في غرض المتعاقدين انتهى وكانه يريد ان الشرط ليس كالنذر واخويه يلزم مطلقا فيما ينعقد به بل انما يلزم بما يعود غرضا الى المتعاقدين من الماليات وحكمها لان الفرع لا يزيد على اصله واصله الذي هو العقد عقد معاوضة متعلق بالماليات فليس المدار عنده على كل شيء فيه غرض يعود للمتعاقدين ولو كان نادرا بل يختص بما يتعلق بالمال وما بحكمه وهذا غير ما كنا نقول وقد ينزل عليه كلام الشيخ في المبسوط ومن تبعه وذلك لان دعوى عدم شمول ادلة الشرط لذلك محل منع ومما ذكرنا تبين ضعف ما يقال ان اكثر الشروط السابقة المتفق على جوازها مما حرمت حلالا او عكسا فان بيع الرجل ماله او هبته لغيره مثلا مباحا ولو شرط في ضمن عقد بيع اخر يصير واجبا والغالب في الشرط ايجاب ما ليس بواجب

كالنذر والعهد ونحوهما من الاسباب الشرعية المغيرة للحكم مع انه قد صرحت رواية
اسحق بن عمار وغيرها باستثناء الشرط المحرم للحلال من حكم الشروط فيشكل التوفيق
بين الروايات وكلام الاصحاب ووجه الاندفاع لما عرفت من ان المراد من تحريم الحلال
ما كان الغرض منه مجرد ذلك وهذا لا ينافيه كلام الاصحاب ودعوى ان ذلك خلاف
الظاهر من العبارة ممنوعة ولا حاجة الى تعسف حمل الروايات على صورة اشتراط ان يكون
الحلال شرعا حراما شرعا لما ليس مقدورا للمكلف فان ذلك بعيد جدا ولا الى تخصيص
الحلال بخصوص الواجبات كتحليل الحرام فانه خاص بالمحرمات بقرينة المقابلة ويكون
المراد اشتراط ترك الواجبات فانه خلاف الظاهر ايضا مع انه داخل في الثاني وقال
بعض المحققين الظاهر من تحليل الحرام وتحريم الحلال هو تاسيس القاعدة وهو تعلق
الحكم بالحل او الحرمة بفعل من الافعال على سبيل العموم من دون نظر الى خصوصية فرد
فتحريم الخمر معناه منع المكلف عن شرب جميع ما يصدق عليه هذا الكلي وهكذا احلية البيع
فالتزويج والتسري مثلا امر كلي حلال والتزام تركه مستلزما لتحريمه بل وكذلك جميع الاحكام
الشرعية من الطلبية والوضعية وغيرها وانما يتعلق الحكم بالجزئيات باعتبار تحقق كلي فيها
فالمراد من تحليل الحرام وتحريم الحلال المنهي عنه هو احداث قاعدة كلية وتبديع حكما
جديدا فقد اجيز في الشرع الشروط الا شرطا اوجب ابداع حكم جديد كلي مثل
تحريم التزويج والتسري وان كان بالنسبة الى نفسه فقط وفيهما لو شرطت عليه
ان لا يتزوج عليها فلانة ولا يتسرى بفلانة خاصة اشكال فلزوم كبيع الخاص
الذي يشترطانه في عقد بيع ليس مما يوجب احداث حكم للبيع ولا تبديل حلال
الشارع وحرامه بخلاف ما كان التزامه والاستمرار عليه من المحرمات وهو فعل
المرجوحات وترك المباحات وفعل المستحبات كان يشترط تعليم الاطفال بالسن

رابعا ان ...

لا يليس لهم اولا ينات النوافل فان جعل المكروه او المستحب واجبا وجعل المباح حراما

حرام الا برخصة يشير الى ما ذكرنا ما ذكروه في باب الصلح فانهم نقلوا ما روو عن النبي

صلى الله عليه وآله ان الصلح جائز بين المسلمين الا صلحا احل حراما او حرم حلالا وفسر وتحليل الحرام

بالصلح بالصلح على استحقاق حر او استباحة بضع لا سبب لاباحته او غيره او بشرب

باو احدهما الخمر ونحو ذلك وتحريم الحلال بان لا يطأ احدهما حليلته او لا ينتفع

بماله ونحو ذلك وبالجملة اللزوم الحاصل من الشرط لما لاشتراطه من الشروط

الجائزة ونحو ذلك على سبيل القاعدة بل يحصل من ملاحظة جميع موارده حكم كلي

هو وجوب العمل على ما اشترطاه وهذا الحكم ايضا من جعل الشارع بقولنا على

مقتضى الشروط الجائز واجب حكم كلي شرعي وحصوله ليس من جانب شرطهما حتى يكون

من باب تحليل الحرام او تحريم الحلال انما هو صادر من الشارع مستقلا اشار ملخصا وحاصله

الفرق بين ما يحدث حكما كليا وما يحدث حكما جزئيا وان الاول مط باطل دون الثاني

وهذا الفرق لا وجه له ولا دليل عليه ودعوى ظهور الكلي من تحريم الحلال وتحليل

الحرام مم الان يرجع الى ما تقدم ثم خامسها ما يذكر فيه المنافيات للعقد وهو

ما ينافي القسم الاول من المقتضيات اما شرط عدمه او ما يقتضي عدمه نحو

التصرف عامة او خاصة على المالك او التصرف بالوطي ونحوه للبايع او عدم

من الاملاك والقسم الثاني وهو اللازم على الدوام اما اشتراط نفي اللوازم او ما

يقتضي نفيها فليس بمناف ومن هنا ظهر ان ما كان منافيا لصورة العقد كاشتراط

ان يكون البيع اجارة والدوام متعة والمضاربة شركة وكسلم نقدا او بالعكس

ونحو ذلك لا يجوز وكذلك ما كان منافيا لمعنى العقد كاشتراط تمليك العين

بالاجارة ولبعض راس المال بالمضاربة والمنافع بالوديعة ونحوها وكذلك

ما كان منافياً لمقتضيات العقد كاشتراط عدم الانتفاع بالكلية او في بعض المقامات
الخصوصية كان لا يبيع ولا يعتق ولا يوجر ونحوها ومن ذلك ما لو ذلك شرط
عدم الخسارة على المشتري كما صرح به الاكثر ولكن في الصحيح قال سئلت ابا
الحسن موسى عليه السلام اتباع منه متاعاً على ان ليس علي منه وضيعة هل يستقيم
هذ وكيف يستقيم وحد ذلك وقال لا ينبغي وظاهر الكراهة الا انه باعتبار
مخالفة للقاعدة وفتوى الاكثر مصروف الى التحريم وربما ادعي بعض المتاخرين
عدم ظهور لفظ لا ينبغي في الكراهة لاستعمالها كثيرا في التحريم ومن هذا الباب
ما كان منافياً الغرض بالعقد من حيث كاشتراط البيع حال الابتياع
والاجارة حال الاستيجارة ونحوهما على اشكال الحصول ويكون عدم جواز
شرط البيع في البيع في بعض الصور محلا وفق القاعدة لا للدليل وهل اشتراط
نفي التصرف الخاص المقيد كاشتراط ان لا يبيعه من زيد مثلا ولا يهبه من عمرو
مناف لمقتضى العقد كاشتراط نفي التصرف الخاص المطلق كاشتراط ان
لا يبيع او لا يهب وجهان والاقوى العدم وليس منه مثل اشتراط المرأة
على زوجها ان لا يخرجها من بلدها واشتراط ان لا يتزوج عليها ثانية ونحو
ذلك فان امثال هذه الاشياء من الاحكام الخارجة من العقد اللاحقة به لا
من لوازمه المتولدة منه الحاصل بسببه وذلك هو معنى الاقتضاء لا مطلق
الارتباط والتعلق فعلى ما ذكرنا اشتراط التصرف العام والخاص لا
منافات فيه واشتراط نفي التصرف عاما او خاصا ليس كذلك واستلزام
تعيين التصرف نفي غيره غير ضار لان المملوك له وعليه هو التصرف في المنافع
المتعددة كالاعيان المتعددة اذا استلزم اخذ بعضها تلف الباقي وليس

حرج اما عدم التصرف فلا يدخل في الملك وليس من التخصيص كالتصرف الخاص
فيفرق بين شرط البيع والعتق والوطئ والسكنى في موضع وبين نفي شئ منها
الا ترى ان اشتراط جميع التصرفات لا عيب فيه واشتراط كلية العدم مناف
وبالجملة المقصود في اشتراط البيع والعتق ونحوهما هو اخراج الملك او منفعة
عن يد المشتري بقصده واختياره فهو مؤكد للملك وتسلطه وممنوعيته عن
التصرف الذي هو مقصود البايع بالذات فهو عدم التصرف في حال عدم الملك
لا مع ثبوته وفي الامثلة الاخر هو ممنوعيته في حال الملك مع انه لو سلم عدم
منافاة ذلك لمقتضى العقد نقول ان اشتراط احاد التصرف او عمومه
اشتراط لفعل من افعال المكلف يمكن نقله بالاجارة والصلح والجعالة ونحوها
بخلاف اشتراط نفي التصرف خاصه وعامه فانه من الاعدام ولا يتعلق به صفة
الملك الوجودية والشرط عندهم بحكم الجزء من العقد وداخل في قسم النواقل
والملكات فلا يتعلق بالمعدومات والمتعلق في الاول هو الوجود والعدم
تابع وفي الثاني بالعكس ثم قد يظهر من التذكرة في الاجارة الاجماع على
صحة اشتراط عدم الانتفاع زمانا معينا وهو ممنوع ومن هنا تبين فساد ما
اورد على الاصحاب من المطالبة بالفرق بين ما عدوه منافيا لمقتضى العقد
كاشتراط ان لا يبيع او لا يعتق او يهب وبين ما اجازوه من اشتراط العتق
وعدم جواز انتفاع المشتري في المبيع في زمان معين مثل ان اشترط البايع
لنفسه سكنى الدار ونحو ذلك واشتراط المرئة على زوجها ان لا يخرجها من
بلدها كما ورد به النص ولا حاجة الى الجواب عن الاولين بالاجماع المنقول
كما يظهر من العلامة وغيره وفي العتق مضافا الى الاجماع كونه مبنيا على التغليب

باب م

والسرايه فان عنايه الشارع بوقوعه توجب تحققه بادنى سبب كما يظهر من تتبع مسائل
كثيره وعن الثالث بالاستناد الى النص واما استشكال العلامه في التذكره في شرط
عدم البيع والعتق فلعله ناظر الى ما ورد في بعض الروايات من جواز اشتراط
عدم البيع والهبه في الامة كما ورد عن جميل بن دراج عن بعض اصحابنا عن احدهما
في رجل اشترى جاريه وشرط لاهلها ان لا يبيع ولا يهب ولا يورث قال يفي لهم
الا الميراث وروى الكليني في الحسن ما يقرب منه وظاهر النافع التأمل في اشتراط
عدم بيع الامة او هبتها لذلك حيث قال والمروي الجواز وفي ايضاح النافع
بعد نقل كلامه ان الجواز غير بعيد لانتفاء الاثم عند المالك الصالح مطلوب
فاشتراط بقاء ملكه عليها جائز وذلك لا ينافي كما في ام الولد ومنذور التصدق
به انتهى ولكن في كشف الرموز ما رأيت احدا عمل بها وهو كما ترى بالنسبة الى من تقدم
عليه او عاصره بل ومن تأخر عنه عدى الشاذ النادر فهي متروكه وفي جامع المقاصد
والحاسم لمادة الاشكال ان الشروط على اقسام منها ما انعقد الاجماع على
حكمه من صحه وفساد فلا عدول عنه ومنها ما وضح فيه المنافاة للمقتضى
كشرط عدم الضمان عن المقبوض بالبيع او وضح مقابله ولا كلام في اتباع
ما وضح ومنها ما ليس واحدا من النوعين وهو كشرط نظر الفقيه انتهى
قلت بل الحاسم لمادة الاشكال بالنسبة الى الشرط المنافي لمقتضى العقد
هو ان يقال ان كل شرط يخرج العقد بسببه عن حقيقته عرفا او شرعا
او عن صحته شرعا فذلك مناف لمقتضى العقد الذي اجمع على بطلان
الشرط معه وما شك فيه فالاصل عدم مدخليه عدم ذلك الشرط في
صحه العقد حتى يكون وجوده منافيا لمقتضى العقد نعم لو كان الشرط كشرط يشك

معه في تحقق حقيقة البيع في العرف فالظاهر البطلان لان الاصل عدم تحققه في الخارج والحكم
تابع لما يصدق عليه البيع عرفا وبيان ذلك ان بين ادلة الشروط وادلة البيع عموما من وجه
فمتى لم يكن بين مقتضاهما تناف فلا اشكال ومتى ثبت التنافي فالحق بطلان الشرط
لان مرادنا من المقتضي بصيغة اسم المفعول هو ما لا ينسلخ عن العقد شرعا من حيث هو
بلا مدخلية شيء آخر فلا بد ان لا يتخلف عن مقتضاه فاذا اوجب الشرط الذي هو جزء البيع
واحد اركانه رفع مقتضى البيع فقد رفع نفس البيع فان البيع الذي هو معيار الشارع
في ترتب الآثار والاحكام هو ما كان منشأ لذلك المقتضي فلا يبقى معه
لزوم الشرط جزما لانه تابع غير مستقل ومن ذلك ظهر ان سقوط خيار المجلس والحيوان
ونحوها لا ينافي مقتضى العقد اذ ليس الغرض بالمنافي ما ينافي اطلاق العقد بل العقد
المطلق فاندفع بذلك ما في جامع المقاصد في شرط عدم الهبة قال فان قلت منافاته
من جهة منعه من الهبة قلت منعه من الهبة اذا اريد بالنسبة الى العقد المعرى عن الشرط
فهو وارد في كل شرط لانه مخالف لمقتضى العقد الخالي منه وان اريد بالنسبة الى العقد المقتضي
له فهو غير واضح انتهى نعم قد يقع الشك في بعض الاشياء في انها هل هي منافية لمقتضى
العقد او اطلاقه وذلك بحث في موضوع ومع الاصل يقتضي بعدم كونها من القسم
الاول لعدم احراز اسم العقد المشترط فيه عرفا ومن جملة ما يشك في منافاته لمقتضى العقد
اشتراط الميراث في عقد المتعة لقولهم في رواية عبد الله عن عمر من حدودها يعني المتعة
ان لا ترثها ولا ترثك باعتبار ان المراد من ذلك هل هو عدم اقتضاء العقد
الارث او اقتضاء عدمه ومنه اشتراط الضمان في عقد الاجارة حيث لم يتعد
ولم تفرط باعتبار ان الاجارة هل هي مقتضية لعدم التضمين حتى تفسد الشرط
بمنافاته لمقتضى العقد او لا تقتضي لضمان ولا عدمه وعدم الضمان فيها جاء من عموم

ما دل على ان الامين لا يضمن الا بالتفريط وجهان بل قولان والمسئلة في محلها ثم اعلم
ان هذا الكلام في باب المعاوضات واما باب النكاح الذي قام الدليل على صحة العقد فيه
وان فسد الشرط فهل يشمل ما كان فساده لمخالفة لمقتضى العقد مطلقا ام مقصور على
غيره قلت الذي يظهر من كلام الاكثر هنا العموم وان صرح بعض بخلافه
نعم يستثنى من ذلك الشرط الذي يعود على معنى العقد بالنقض بحيث يخرجه عن
حقيقته وعن مسماه فقط واما غيره فلا وان نافى مسببه شرعا كاشتراط عدم
بعض الاثار المترتبة على العقد من حيث هو لو على اطلاقه فان ذلك لا ينافي
مقتضى العقد سادسها ما يقتضي تجهيل العوضين او احدهما كان يشترط تاخير
تسليم المبيع او الثمن مدة غير معينة اما لو شرطا اجلا يعلمان عدمهما قبله
كاشتراط تاخير الثمن الف سنة او الانتفاع بالمبيع كذلك فالاقرب الصحة لعموم دليل
الشروط واطلاق الاصحاب جواز الاجل المضبوط والقطع بالموت قبله لا
يقدح والا لما صح تاجيل المطعون بوجع او سهام يقطع بموته عادة كسنة وسنتين
واقصى ما يتخيل للمنع عدم الانتفاع بالمبيع او الثمن وفيه انه يتحقق
بانتفاع الوارث ولو بعد حين ودعوى عدم شمول ادلة العقود لمثل
ذلك ممنوع وفي الايضاح وحواشي الشهيد قرب عدم الصحة وفي جامع المقاصد
جعل التوقف في مثل ذلك طريق السلامة ومثل ما يقتضي تجهيل العوضين
في المنع ما يقتضي تجهيل العقد كاشتراط الرهن وكضمان والخيار من غير
تعيين ونحوها او ما يذكر فيه شرط مجهول مطلقا وموكول علمه الى اختيار
المشترط فان ذلك كله يقضي بتجهيل العقد ولذلك اشترطوا تعيين الرهن
المشروط اما بالوصف او المشاهدة كما في عد وير وكرة والايضاح وس وجامع المقاصد

دفعا للغرر وحسما لمادة التنازع لمكان التفاوت الكثير في الرهون باعتبار تعلق الرغبات وسهولة بيعها وحاجة راهنها الى فكها وعدم ذلك واحتمل في الدروس صحة الاطلاق للاصل فيحمل على حافظ الحق وح يتخير الراهن في التعيين واشترطوا التعيين اما بالاسم والنسب او بالمشاهدة او بالوصف كما في القواعد وغيرها واشترطوا ضبط مدة الخيار كما سبق وممنوع من الشرط المجهول لافضائه للزوم الجهالة والغرر فيكون مخالفا للسنة اما لو كان المشترط معينا في النوع لنفي ايجارات او ضمان الحوادث والعوارض والغرامة لكل ما يغرم واشتراط الخدمة والحمل واللبن وشئ معين في البيت مثلا او ما يحصل من كسبك ونحو ذلك فلا باس وماهو الا بمنزلة الصلح والعقود الجائزة كما تقدم سابقها ماكان من مقتضيات الشرع واحكامه وليس للمخلوق دخل فيه كاشتراط حق الاخوة والبنوة ومطلق الرحم والجوار والصحبة والشفعة وتحريم الحلال وتحليل الحرام الاصليين وتبديل الاحكام واشتراط اللزوم في موضع الجواز والجواز في موضع اللزوم الامعاذيه واشتراط الخيار واسقاطه من حق المتعاملين وليس من هذا الباب في وجه فاشتراط الخيار كالوكالة على التقايل واسقاطه رفع للحق كالصلح عليه ويحتمل جعله من هذا الباب والمخرج له النص والاجماع وهو الاقوى وقد تقدم الكلام في ذلك ومن هذا الباب اشتراط كون الطلاق والجماع بيد المرأة وفي الصحيح قضى علي عم في رجل تزوج امرأة واصدقها واشترط ان بيدها الجماع والطلاق قال خالفت السنة ووليت الحق من ليس باهله قال فقضى علي عم ان على الرجل النفقة وبيده الجماع والطلاق وذلك السنة وفي الصحيح الاخر قال قضى علي عم في رجل تزوج المرأة الى اجل مسمى فان جاء بصداقها الى اجل

مسمى فهي امرأته وان لم يجئ بالصداق فليس له عليها سبيل شرطوا بينهم حيث
انكحوا فقضى ان بيد الرجل بضع امرأته واحبط شرطهم وهل اشتراط الغايات
من هذا القبيل اولا وجهان والمسئلة في غاية الاشكال وتفصيل الحال ان الشرط
قد يتعلق بالاسباب من العقود والايقاعات والاحكام وقد يتعلق بالغايات
اما ما يتعلق بالاسباب كشرط ان يبيع او ان يهب او ان يسقط او ان يلتقط
او ان يحوز ونحوها فمقتضى القاعدة فيه عدم ترتب الغايات الا بعد فعل
الاسباب فيجبر على فعلها والا تولاها الحاكم الا ان يرجع الى اشتراط الغاية
ومن يتعلق يتعلق بالغايات كالحرية والمملوكية والوقفية والشركة او الزرع
او المضاربة وغيرها فان رجع في المعنى الى الاول فكالاول والا فان قام دليل
على اعتبارها من دون حاجة الى عقد كشرط تمليك شيء منه عين او منفعة او
ابراء او خيار او سقوطه ونحو ذلك فلا اشكال وان قام دليل على عدم اعتباره
كالنكاح والطلاق والخلع والمبارات والعهد والقسم والظهار ونحوها
مما علمنا بالاجماع وظواهر الادلة اعتبار الفاظ خاصة فيها فكذلك وما شك
فيه كاشتراط الحرية والوقفية والسكنى والعمرى ونحوها يبنى فيه على الدخول
في قولهم عم المسلمون عند شروطهم وعدمه فيقبل بالدخول لما يظهر من
استدلالهم عم به على ثبوت الغايات وفي روايات ارتجاع المبيع عند رد
الثمن ما يقضي بظاهره بذلك فيكون الاصل في ذلك كصحة وترتب
الاثر وقيام الشرط مقام المؤثرات من عقود وغيرها من غير فرق بين لازمها
وجائزها لا يقال ان هذا الشرط مما حلل حراما لانا نقول
المراد به الحرام الاصلي الذي لا يهدمه الشرط لا كل ما كان حراما بدون الشرط

والا لم يسلم شرط من الشروط والمراد بالحرام الاصلي ما جاء فيه دليل بالخصوص
لا ما دخل تحت قاعدة تقتضي بالتحريم من استصحاب وغيره فان دليل الشرط
يحكم عليها وثبوت الغايات بالعقود والايقاعات مثلا لا يبقى ثبوتها بما
عداها بل اقصى ما هنالك انه يبقى ثبوتها بما عدى ذلك داخلا تحت القواعد
العامة من استصحاب بقاء الملك وكون الاحكام الشرعية تكليفية ووضعية
توقيفية فاذا جاء دليل الشرط سوغها نعم ما دل على قصره على اسباب مخصوصة
الدليل الخاص نقول به والظاهر عدم دخول مثل ذلك تحت ادلة الشروط
فان اقصى ما يدل عليه اللزوم قضاء لظاهر الكلمة الخبرية ولفظ عند
وان يقفون عند شروطهم كما سياتي واما الملتزم به فليس فيها تعرض له
بوجه من الوجوه وانما هو شيء يعلم من خارج ويحال على الشرع والاستثناء
فيها استثناء من الحكم الذي هو الوجوب ثم ان المعلوم من الاصحاب
في سائر ابواب العقود والايقاعات توقفها على الفاظ خاصة وكيفيات
خاصة لا يجوزونها بغيرها ثم ان هذا لو كان مسلما لذكروه في باب من
الابواب نعم بالنسبة الى مثل التمليك الذي ليس له لفظ خاص ويتادى
بلفظ البيع والهبة وصيغة التمليك وغيرها بل ربما يتادى بالفعل
كالمعاطات بل وبالاباحة ايضا ولهذا يجري عليها احكام الملك يجوز
بالشرط وترتب عليه الاثر لانه لفظ يودي ذلك المعنى كسائر الالفاظ
ومثله اسقاط الحق فانه يتادى بكل لفظ ومنها الشرط ومثلها العقود الجائزة
وهذا هو السبب في نص الاصحاب على هذه الغايات دون غيرها و
ليس المنشأ في ذلك ما يقوله الخصم ولا المنشأ التعبد فيه ويستثنى

من هذا القسم من الشروط ما قام الدليل على خلافه كشرط الرقية فيمن احد ابويه حر وارث المتعة وشرط الصوم حضرا وسفرا لو قلنا به وشرط الاحلال والاحرام والاعتكاف وشرط عدم وطئ المتعة واشتراط الارث في ضمان الجريرة ونحوها ثامنها ما كان ما حرمه الشارع من اعيان كخمر ولحم ميتة او كلب او خنزير او صنم او الات لهو او ظروف فضة او ذهب او نحوها او اعمال كلعب قمار وغناء وعمل بالملاهي وزنى ولواط ونحوها مما شرط فيه ما يخالف كتاب الله وكلام انبيائه واوصيائه والظاهر دخول جميع ما سبق تحت ما خالف الكتاب والسنة وحصر بعضهم المخالف للكتاب والسنة بالمخالف لمقتضى العقد فقط لا وجه له ولا فرق في المنع من اشتراط ما خالف الكتاب والسنة بين ان يخالف عامهما او خاصهما فالفرق بين ما كان الشرط رافعا لما كان مشروعيته بالنص عليه في باب ذلك العقد بالخصوص كاشتراط ان لا يتزوج ولا يتسرى فان الزيادة على الواحدة منصوص عليها في الشرع بالخصوص لقوله تعالى فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث وما كان مشروعيته بالعموم كعدم اخراج المرئة من بلدها وعد الاول من الشروط المخالفة للكتاب والسنة دون الثاني لا وجه له نعم ما ذكر من المثال في المقام الاول ليس من باب الشروط المخالفة للكتاب والسنة لهذا الطريق بل لورود الدليل الخاص عنه من الاجماعات والروايات او حيث يرجع الى بعض ما تقدم من اقسام الشروط واما الثاني فليس من الشروط المخالفة للكتاب والسنة كما تقدم مع ورود النصوص الصحيحة الصريحة بجواز تاسعها ما علم ما علم من الشرع جواز اشتراط بالخصوص كاشتراط الزوج ان لا يخرجها

من بلدها ونحو ذلك او المنع من اشتراط ذلك كعدم التزويج عليها والتسري
ونحو ذلك وهذا لا بحث فيه للفقيه ثبوتا ونفيا بل هو تابع ورود النص به
من الجواز وعدمه وبقي قسم اخر من الشروط سيجيء في كلام المصنف اذا تقرر هذا
فنقول ان الاصل والايات والاخبار تقتضي بجواز كل شرط الا ما علم عدم جوازه
بالعقل او النقل عموما او خصوصا ولا يراد بما احل حراما او حرم حلالا ما يعم
العارضي الذي يهدمه الشرط بل ما كان حراما في نفسه حرمة لازمة وما كان حلالا
كذلك ولولا ذلك لكانت جميع الشروط مما احلت حراما او حرمت حلالا فلا يبقى
للاشتراط محل فان قلت ظاهر صحيحة عبد الله بن سنان تقتضي بان الموافقة لكتاب الله
شرط في صحة الشروط لا ان المخالفة مانع حيث قال الامام فيها والمسلمون عند شروطهم
فيما وافق كتاب الله وح فالشك في الشرط شك في المشروط وتكون القاعدة في
الشروط عدم الصحة حتى تعلم الموافقة بل نقول ان ما تقدم من الروايات مما خالف
كتاب الله قاض بذلك فانه مع الشك في المخالفة يكون من الشك في مصداق
المخصص لا في مفهومه والالفاظ موضوعة للواقع فالمشكوك فيه مشكوك في
دخوله تحت المخصص او المخصص فلا يتمسك فيه بالعام لانه قد خصص بالمخالف
للكتاب واقعا بل يرجع فيه الى الاصل والاصل الفساد فان الصحة وترتب الاثار
من الاحكام الشرعية التوقيفية واما الفساد فيكفي فيه عدم الدليل فانحصر الصحة
فيما وافق الكتاب وكنه في نفس الامر واذا شك في كونه موافقا للكتاب يحصل
الشك في الصحة ومع كذلك فلا حكم ويتعين الفساد قلت لا ريب انما في
الرواية مسوق لبيان استثناء الشرط المخالف كما كشفت عنه الروايات
الاخر المتكثرة وقضى به فهم الاصحاب مضافا الى ان الموافقة للكتاب موجودة

في المشكوك فيه باعتبار الاصل وهو حجة شرعية ولا ريب انه مع الشك في مصداق
المخصص لمفهومه يتمسك فيه بالعام كما هو طريقة الاصحاب اقتصارا فيما خرج
عنه على المتيقن ومن المعلوم ان المرجع في حقيقة المعاملة الى العرف والعقد والشرط
كلاهما من المعاملة فما يسمى في العرف شرطا فيحكم به عليه شرعا الا ان يثبت انه شرط
في الخارج وكذا الشرط فنقول ان كل شرط يجب الوفاء به الا ما خالف الشرع فما علم
انه مخالف للشرع فيستثنى وما علم انه موافق فداخل وما شك فيه فالاصل عدم
المنع منه وموافقة الاصل هو مقتضى الكتاب والسنة قال المص وكذا
يبطل الشرط باشتراط غير المقدور كاشتراط حمل الدابة فيما بعد وان الزرع
يبلغ السنبل ولو اشترط تبقيته الى اوان السنبل جاز هذا هو القسم
العاشر من اقسام الشروط وهو ما كان من الشروط الممتنع عقلا او عادة
ان اريد ان يكون ذلك بفعله واذا اريد ان يكون ذلك بفعل الله تعالى
فهو غير مقدور له وليس فيه مجال السعي ولا كذلك اشتراط الضمين والكفيل
ونحوهما فانه قادر على تحصيل اسبابها فلا وجه لما اورد على الاصحاب من
تجويزهم اشتراط الضمين والكفيل مع منعهم من اشتراط غير المقدور
كلاهما غير مقدور وفي حواشي المص على القواعد فسر جعل الزرع
سنبلا بان يجعل الله حاشا نه الزرع سنبلا قال لانا انما نفرض ما يجوز
ان يتوهم عاقل لامتناع ذلك من غير الاله جلت عظمته انتهى فان قلت
اي فرق بين اشتراط حمل الدابة فيما بعد واشتراط كونها حاملا حيث
منعتم من الاول وادخلتموه في غير المقدور واجزتم الثاني واخرجتموه
منه مع ان الشرط في كل منهما كون لا تكوين وفعل قلت يمكن الفرق

بان في الاول

بان اشتراط الماضي اولى من المعقود بخلاف اللاحق فافهم واما لو شرط تبقية الزرع الى اوان السنبل فلا باس بحث في صحة عن اشتراط المصنف هنا وفي الدروس كظاهر السرائر والتذكرة انه لا يشترط تعيين المدة بل يكفي ان يحال على المتعارف من البلوغ لانه مضبوط كما هو خيرة الشرح والمسالك والكفاية وقال في المسالك ان اطلاقهم يقتضي بذلك والتحقيق انه ان اشترط تبقيته المبيع او الثمن وكان ذلك بحيث يرجع الى تاخير التسليم فلابد من ضبط المدة لئلا يتجهل الشرط الذي تسري جهالته الى احد العوضين لان مدة البلوغ غير مضبوطة بالزمان لاحتمال التقدم والتاخر وان لم يكن شرط التبقية للمبيع او الثمن بذلك التي كان يبيعه دارا مثلا ويشترط عليه تبقية الزرع فيها او في مكان آخر من املاكه الى وقت البلوغ فلا باس على ما تقدم من الاكتفاء في الشرط الذي لا يجهل العقد ولا احد العوضين بالاول الى العلم كما لا يصح نعم صرح جماعة من الاصحاب في باب اجارة الارض حيث يستاجرها مدة الزرع لا يكمل فيها من انه لو شرط التبقية الى وقت البلوغ تجهل العقد وهو محل بحث هذا كله اذا اشترط واما اذا اطلق فانه يلزم البايع ابقاؤه الى اوان دروكه وبلوغه من غير اشكال لانه اذا لم يشترط كان التراضي على الزرع والابقاء حكم شرعي لزم بلا معاوضة عليه او انه شرط ضمني لقضاء العادة باشتراطه ضمنا وان لم يصرح به لفظا وحكم الشرائط المفهومة ضمنا مغاير لحكم المصرح بها فلا يلزم من ترتب الغرر على القسم الثاني ما لم يكن مؤكدا لما في الضمني ترتبه على الاول قال المصنف ولو شرط عن البايع بطل وابطل اختلف الاصحاب في البيع الذي يتضمن شرطا فاسدا

ينبغي بالقان ذي يحق وانقه

و ان لم يصرح به لفظا

على أنحاء: الأول صحة البيع وبطلان الشرط وهو خيرة الشيخ في ط وابن سعيد في
الجامع والآبي في كشف الرموز وهو المحكي عن أبي علي والقاضي وربما حكي عن
الحلبي ولم أجده في السرائر ووافقهم أبو المكارم في الشرط المخالف لمقتضى
العقد أو السنة وابن المتوج في الشرط الفاسد الذي لا يتعلق به غرض كما
لو شرط أكل طعام بعينه أو لبس ثوب بعينه ونحو ذلك ولا يبعد أن يكون
هذا القول هو الأعرف عند القدماء. ثانيها بطلانهما معا كما في عد وكره
ولف ود وشرحه لولده وس والمتن والمهذب البارع والمقتصر
والمهم على عد وصع وصد وتعليق د وتعليق فع والميسية ولك وشرح
مجمع البرهان والكفاية ود ووافقهم أبو المكارم في الشرط الغير المقدور كأن يشترط
عليه أن يجعل الرطب تمرا فقال إنه فاسد مفسد بلا خلاف لكنه في التذكرة
جعل هذا محل الخلاف للشيخ أيضا وهذا القول هو المشهور شهرة محصلة
بين المتأخرين بل كاد أن يكون إجماعيا عندهم ومنقوله على لسان بعضهم
ثالثها ما في يع وفع والتحرير والإيضاح والتنقيح وغاية المرام وإيضاح
النافع من عدم الترجيح. احتج أهل القول الأول بالأصل وأنه لا دليل
على بطلان العقد وبالإجماع المنقول في الغنية على صحة العقد في
الشرط المخالف للعقد أو للسنة وبمرسلة جميل بن دراج فيمن اشترى
جارية وشرط لأهلها الميراث فقد حكم ع بصحة العقد وبطلان
الشرط وبخبر بريرة من طريق العامة أن مواليها شرطت على عائشة حين
شرائها أن يكون ولاؤها لهم إذا أعتقتها فأجاز النبي ص البيع و
قال الولاء لمن أعتق فأفسد الشرط ومن طريق الخاصة ما رواه الشيخ في

الثلاثة في الصحيح عن ابي عبد الله عليه السلام انه ذكر ان بريرة كانت عند زوج لها وهي مملوكة فاشترتها عائشة فاعتقتها فخيرها رسول الله صلى الله عليه وآله فقال ان شائت تقر عند زوجها وان شائت فارقته وكان مواليها الذين باعوها شرطوا ولائها على عائشة ان لهم ولائها فقال رسول الله صلى الله عليه وآله الولاء لمن اعتق ومثله صحيحة عيص بن القاسم واحتجوا ايضا بما ذكرنا في النكاح من الاجماع المنقول كما في المسالك على صحة عقده وفساد الشرط والاخبار المتعددة الصحيحة الصريحة الدالة على ذلك كصحيحتي محمد بن قيس المتضمنة احداهما اشتراط المرئة في عقد النكاح ان بيدها الجماع والطلاق والاخرى اشتراط ان يجيء الزوج بالصداق الى اجل مسمى والا فليس له عليها سبيل وقد حكم عليه السلام فيهما بصحة العقد وابطل شرطها وصحيحة الثالثة في شرط عدم التزويج والتسري وانه ان تزوج عليها او هجرها او تسرى فهي طالق وقد حكم عليه السلام فيها بصحة العقد وابطل الشرط وخبر الوشا وغيرها وبلزوم الدور لان لزوم الشرط وصحته فرع على صحة البيع فلو كانت موقوفة على صحته لزم الدور واجيب عن الاصل اي اصل الصحة بانه مقطوع بما يأتي من الادلة ومعارض بما عدم الانتقال وعن الاجماع بانه ممنوع في مقابلة فتوى المشهور بخلافه مع انه ربما طرح عبارة نافلة انه الاجماع على اصل القاعدة مع انه بنفسه نفى الخلاف في افساد الشرط الغير المقدور للعقد ولا قائل بالفرق بين المقامين وعن ظاهر القران اعني احل الله البيع واوفوا بالعقود بانه غير شامل لما نحن فيه من وجهين الاول نفسه بالقصد المنفي فيه لان البايع انما رضي على هذا الشرط فاذا لم يسلم كانت تجارة عن غير

تراضٍ مع ان التراضي شرط اجماعاً فلم يشمل العموم الشروط ولهذا اشتهر بينها
بينهم في سائر ابواب العقود ان العقود تتبع القصود والمراد بذلك ان
العقد اذا امكن حصوله على شئون مختلفة من الاطلاق والتقييدات المختلفة
الحاصلة بالشروط او غيرها فالعقد تابع للقصد اعني ان الماهية المطلقة يحكم
بحصولها في ضمن ما قصد من افرادها واقسامها لا ان كل ما يترتب على العقود
من الآثار والثمرات الخارجة والاحكام اللاحقة لابد ان نعلمها ونعتقدها
ونقصدها في العقد ومع اعتقاد خلافها وعدم القصد انها لا يصح العقد
والا فيلزم بطلان اكثر العقود والمعتبر من ذلك القصد هو ما اطلع عليه
المتعاقدان معا ولا يكفي في ذلك قصد احدهما من دون اطلاع الآخر فاذا احتمل
وجوها كثيرة ولم يذكر في طي العقد وجه منها ولم يتعين فالقدر المشترك بينها
هو مطلق العقد وما عداه يبنى على الاطلاق وكالعقد المشروط من القسم الاول
في المقامين الثاني تطرق الجهالة المانعة من الصحة لان كشرط له قسط من
الثمن فانه قد يزيد باعتباره وقد ينقص فاذا بطل بطل ما بازائه من الثمن و
هو غير معلوم وعن الروايات لما عن الاولى فباشتمالها على صحة اشتراط
عدم العتق وكسبه والقول به متروك بين الاصحاب كما عرفت فهي شاذة ولا
يمكن فيها التفكيك فنعمل منها ببعض دون بعض واما عن الثانية فقد اجاب
في المختلف بضعفه كسند اولا وانها رويت على وجه آخر وهو من طرق العامة ايضا
مشتمل على ان بريرة اخبرت عائشة بانها قد كوتبت وطلبت الاعانة منها
فسقط الاستدلال بها بالكلية اذ لا بيع حينئذ وفيها ايضا ان النبي ص قال لها
اشترطي الولاء ولا يأمرها بفاسد فالمراد اشترطي عليهم واما عن الثالثة وكون

المتقدمة

فاولا بالتزام بخصوصه للدليل كما نقول بذلك بالنظر الى شرائط النكاح وقد استثنى
المقداد في التنقيح من الشرائط الفاسدة التي يسرى فسادها الى العقد قال وفيه
لصحة العقد وفساد الشرط وثانيا بما يظهر من بعضهم من انه يجوز ان يكون شرطا
للعتق او للبيع وفساد شرط الشرط لا يسرى الى فساد الشرط فضلا عن المبيع
فتم واما عن الاجماع الوارد في باب النكاح والاخبار المذكورة فيه فيمنع الاجماع
على اطلاقه او لا بحيث يثبت قاعدة في ذلك في باب النكاح فضلا عن غيره لوقوع
الخلاف فيما يرضى فيما خالف مقتضى العقد وذكروا مواضع من احلفوا فيها
ايضا والاخبار ليس فيها ما يقضى بالعموم بحيث يحمل ذلك قاعدة فيه واقصى ما في
الباب انه قد وردت الاخبار فيه في خصوص بعض الشروط فيقتصر في ذلك
على مواردها سلمنا ذلك ولكن باب النكاح مط خرج بالدليل فيكون من
قبيل الاسباب ويستثني من تبعية العقود للقصود وقد يجاب عن ذلك بان
الشرط ذو وجهين مرة يراد به الربط فيلزم من فساده فساد العقد ومرة
يراد به الاستقلال فيكون منفصلا عن العقد ويجرى له عقدا من لعدم ارتباط
الشروط به فالعقد يبقى مط وان تبعه الشرط وترتب عليه فلا يسرى الفساد
منه اليه وشروط النكاح من هذا القبيل باعتبار ان النكاح ليس بمعاوضة
محضة فيلزم دخول الشرط في احد العوضين بل هو امر خارجي فيكون بمعنى
الالزام والالتزام ولو اريد فيه معنى الربط فاقصاه مع المهر نقضى بفساد المهر
وهو لا يفسد العقد وهذه الصورة وان اهملها الاصحاب الا انها احد صور
الاشتراط ويدل على لزوم الوفاء بها قولهم عم المؤمنون عند شروطهم ويكون المراد
به معنى الالزام والالتزام وظهور لفظ الشرط في التبعية والارتباط لا ينافي في ذلك

فان التبعية من جانبه موجودة وان كانت من جانب العقد منفية ويكون من هذا
القبيل شرط الاحلال عند الصيد في الاحرام وشرط الاعتكاف وشرط الخدمة
في العتق ولذا لا تتوقف فيها صحة المشروط على صحة الشروط ويكون المدار على
قصد المتعاقدين فان قصدا الاول كان منه وان قصدا الثاني كان منه وان
اطلقا حملا على الاول ويمكن بهذا ان يجعل النزاع لفظيا بين اهل القول الاول
والقول الثاني بحمل اهل القول الاول على الثاني واهل القول الثاني على الاول
قلت لا ريب ان معنى الشرطية وظاهر اللفظ ينافي ذلك فان المتبادر من الشرط هو ما
يلزم من عدمه العدم لا مطلق الالزام والالتزام ولا خصوص التابع منه للعقد
ولا اقل من الشك والاصل عدم الاشتراط وعدم ترتب احكام الشرط واماره على
انه لو اريد مطلق الالزام والالتزام للزم انه لو اشترط عليه شيئا ابتداء انه
يجب عليه الوفاء به ولا قائل به وان اريد خصوص التابع للعقد كان يحكما
على ان ظاهر الاصحاب في شروط النكاح وما كان بحكمها عدم الفرق في صحة
العقد وفساد الشرط بين ان يقصد المتعاقدان الشرط بالمعنى الاول او
الثاني او مطلق بل ظاهرهم ان محل البحث حيث يقصد المعنى الاول فليس المستند
الا التبعية بالدليل الخاص فيها كما ان ظاهر افراد النزاع فيما نحن فيه صورة الاطلاق
ايضا ودعوى انه مع الاطلاق في خصوص باب النكاح الظاهر الشرط الذي هو موضوعه
ومن هنا ظهر انه لو قصد المتعاقدان الشرط بالمعنى الثاني لم يكن من الشروط الشرعية
ولا يلحقه حكم الشرط بوجه من الوجوه واما عن لزوم الدور فقد اجاب عنه الفخر في
الايضاح بان كون هذه شروطا مجاز لانها تابعة للعقد والعقد سبب فيها
فلا يعقل كونها شرطا له والا دار بل هي من صفات المبيع تختلف الاغراض

ما صلا فيهما وقال في شرح الارشاد ما قلناه عن والده ان هذا الدور دور معية
كالصلاة واجزائها فان مجموع الصلاة متوقف على اجزائها من حيث الصحة
واجزائها من حيث الصحة متوقفة على مجموعها انتهى والثاني هو الوجه في الجواب
دون الاول اذ لا ريب في كونها شروطا على الحقيقة وان لم تكن لاصل العقد
وسياتي بيان ذلك ثم ان اهل هذا القول بعد ان قالوا بصحة العقد
وبطلان الشرط لم نعلم منهم انهم يقولون بثبوت ... فواته مطلقا او مطلقا
او يفصلون بين العالم بالفساد والجاهل به فيثبتونه للثاني دون الاول
وجوه ولعل الظاهر منهم الاول واحتج اهل القول الثاني بان المقصود هو
المجموع واذا بطل الكل بفوات بعضه وهو الشرط فات محل القصد فما قصد
لم يقع وما وقع لم يقصد ولان للشرط قسطا من الثمن فاذا بطل تجهل العقد
وفيه ان ذلك متمش في كل ما تبعضت به الصفقة وقد قالوا انه
لو شرط كون العبد كاتبا مثلا واشترى عبدين جميعا وتبين ان احدهما غير كاتب
او هما او ان احدهما ليس ملكا له فان البيع لا يبطل بذلك وان ثبت له
الفسخ مع ان التراضي لم يتحقق الا على الوجه الذي ليس بواقع مع ما هنا
من الجهالة وكم من جهالة اغتفر وهنا ما لا يكاد يحصى ومقتضى ذلك انه
ههنا مع البطلان انما يتسلط على خيار تبعيض الصفقة ولا يقضي
بالبطلان ... الا اذا علم كل من المتعاقدين او احدهما بفساد كل شرط من
اول الامر فانه لا خيار حينئذ للعالم كما في سائر ابواب خيار التبعيض وباعتبار
ما ذكرنا من ادلة الطرفين توقف في ذلك من توقف والتحقيق ان الشرط
معناه ما ينتفي المشروط عند انتفائه وليس هو شرطا لاصل الانشاء والا

لكان كل شرط مبطلا للعقد لعدم قابليته للتعليق بل يعني الشرطية في المقام
ملكية المشروط له على نحو ملكية المشترط فالملكية شرط في الملكية وكيف لا
دفعه والتقدم ذاتي لا زماني وحيث ان الشرط قضى بنا الملكية
للمشروط شرعا على ملكية الشرط فصحته شرط في صحة العقد فاذا بطل الشرط
لحرمته او امتناعه او مخالفته مقتضى العقد بطل مشروطه كك ولم تحصل
الملكية واذا صح كك اذا كان قابلا للملك كان لصحة مشروطه وعدم تسليمه
كعدم تسليم بعض الشروط لا يقتضي فسادا وانما يثبت مع عدم الوفاء
به خيار التبعيض للصفقة او يثبت الخيار بتعبد الدليل فان ثبوت الخيار
بفوات الشرط مجمع عليه فيما بينهم ولا حاجة الى ادعاء انه شرط اللزوم في
ثبوت الخيار والحاصل ان الشروط كالشطور التي شرطت ملكية بعضها ببعض
وان كان الظاهر من الشطور خلاف ذلك ومن هنا كان خيار التبعيض على
وفق القاعدة الا حيث نعلم فيها وقوع التراضي بالمجموع لا بالجميع فانه بفوات
البعض يتعين الفساد ويكون من قبيل ما نحن فيه ومن هنا اندفع ما قيل
ان الشرط اما ان يكون شرطا للصحة او اللزوم والاول باطل لعدم قابلية
العقد للتعليق فتعين الثاني وعليه فاما ان يلزم بطلان الشرط فوات
اللزوم المثبت للخيار لا بطلان العقد فان قلت ان اريد ان الملكية شرط
في الملكية شرعا فالشأن في ثبوت ذلك وهو محل النزاع فكيف تكون
الدعوى دليلا وان اريد انها شرط بحسب قصد المتعاقدين فهو ممنوع
فانهما انما يشترطان فعلا من افعالهما ولا يخطر ببالهما ملكية ذلك الفعل
للمشترط على المشترط عليه فضلا عن ان يقصداها من اللفظ حتى ان اللفظ

الدليل

ليس فيه دلالة على ذلك نعم حيث يكون اشتراط الغاية او في مقام قام عليها
قد بنا في ذلك ولكنه اقل قليل واللزوم وان لم يكن مصرحا به بالعبارة الا انه من
مقتضيات العقد المذكور فيها واحكامه فرجوع الشرط اليه اقرب واولى
منها وبالملكية قلت لا ريب ان الظاهر من كل من يشترط شيئا ارادة ملكية
الشرط لا فعليته وان فعليته موكولة الى اختياره ان شاء الزم المشروط
عليه بها وان شاء عفى مع ان هذا الشرط انه شرط لا يصلح كالعقد ولا انشاء
نفسه ولكن خرجنا عن ذلك باعتبار عدم صحة التعليق في العقود فنحمل
بعد ذلك يحمل انه للمنشأ الذي هو الملكية والاستقلال لانه بعد ذلك
المرتبة في الظهور فيكون كما اذا تعذرت الحقيقة فانه يحمل على اقرب مجازاتها
واما عوده الى اللزوم فهو بعيد جدا ولا يقتضيه اللفظ بوجه فتامل
ثم اعلم انه لا يفترق الحال فيما ذكرنا بالنسبة الى الشروط الفاسدة جهلها د بعضهم
انه لا فرق في فساد العقد باشتراط المحرم شرعا كالخمر ونحوه بين العلم بالحكم
والجهل به نعم بالنسبة الى الجهل بالموضوع كان يشترط شيئا معينا بزعم
انه خل فتبين انه خمر وجهان كالصحة والبطلان وربما ظهر من الاصحاب الاول
ولا فرق بين ما كان من صفات المبيع كان يشترط كون العبد مغنيا
وغيره واحتمل في ايضاح النافع الغاء الشرط في كل موضع لا يكون له قيمة
عرفا ولا يقوم شرعا وقال ان التراضي في الحقيقة انما هو على العوض
فاسد فيه الشرط وصح العقد وهو غير بعيد كما يقضي به كلامهم في
باب السلف فيما لو شرط احدهما مكيالا او صنجة بعينه دون غيرها سواه و
ربما يحمل على ذلك اطلاق كلام المشهور فان الظاهر منه الشرط المفهوم

الذي يتعلق به غرض ولا ينافي ذلك ما تقدم عن التذكرة حيث نوى ثبوت الخيار
في مثل شرط ان لا ياكل الهريسة او لا يلبس الخز لانه قيد الغرض المنفي بالنسبة
اليهما والى ما [illegible] بالذي لا يوجب التنازع والتنافس فلا ينافي الحكم بالغاء
الشرط الذي لا يتعلق به غرض مط وقد تقدم لك الفرق عن ابن زهرة بين شرط
غير المقدور وشرط المقدور وبين ما خالف مقتضى العقد او السنة فانه ابطلهما
في الاول وصحح العقد في الثاني ولا وجه له بل قد يقال بصحة العقد وفساد
الشرط حيث يعلم المشترط عدم قدرة المشروط عليه على الشرط فيلغو كشرط
ويرجع الى التفصيل السابق فتامل وانظر ان هذا البحث لا يخص البيع بل يجري
في سائر العقود اللازمة بالاصل او بالعارض بل وفي الجائزة ايضا فان فساد
الشرط فيها بفساد الاذن والاباحة على القول بفسادها تبعا لفساد
الشرط دون القول الاخر ولا فرق في الشروط الفاسدة بين اعتبارها
في ذلك العقد او في عقد اخر وكشروط المتعددة في العقد الواحد
يجري فيها الحكم فيفسد العقد بفساد بعضها ويثبت الخيار بانتفائه
وفي المتداخلة كشرط الشرط وشرط شرطا لشرط وهكذا يثبت
الحكمان في الشرط السابق دون ما عداه على اقوى الوجهين وفساد
اللاحق قاض ببطلان الخيار في وجه ولو تعددت العقود فسدت
بفساد شرط واحد متحدا او منضما الى غيره ولو وقع كشرط بعد عقد
فالظاهر رجوعه الى الاصل دون التقييد الا مع قرينة ومعها
يثبت الخيار في التوابع دون الاصل قال المصنف ولو شرط عتق
المملوك جاز شرط العتق اما مطلق او يرجع الى المنقول اليه

كما في سري او الاعم وهو اقرب الى اللفظ واما مقيد بكونه عن الناقل او المنقول اليه
او اجنبي او على الشريك واقسامه اربعة او التخيير واقسامه اربعة فبلغت اثنى
عشر قسما وهي بين ان يكون في الغاية بناء على اشتراطها بالشرط او العقد او الايقاع
فهي اربعة وعشرون ثم ما كان للغاية او للايقاع فمرة يقيد بكونه عن كفارة
ومرة يطلق الى غير ذلك من الاقسام اما اشتراطه عن المشتري في عقد او ايقاع
فقد تقدم نقل الاجماعات الدالة باطلاقها عليه وانه ليس بمناف لمقتضى العقد
لانه شرط لفعل من افعال المشتري وان ترتب عليه رفع السلطان والايقاع
بخلاف اشتراط عدم التصرف ونحوه فتشمله ادلة الشروط ولو سلم فيه
المنافات فلا مخصص للادلة الخاصة نعم فيه ما يجري في كل مشروط بالقربة
من انه استحق بالشرط فليس حقا لله فلا يتحقق فيه القربة لشرط العتق
والنذر والوقف ونحوها والجواب عن ذلك كالجواب عن عبادة الاجراء
في تحقق القربة فيها لان السبب قاض بالايجاب فاذا جيء به من هذه الجهة ثابت
القربة وبها تحدث واما بالنسبة الى اشتراط الغاية بحصول غاية الحرية كيفما
كانت كغاية الوقفية والملكية منافية لما يتعلق بالاعيان من جميع ملكيات
لرجوعه الى التأجيل في الملك نعم لا بأس في التأجيل بالمنافع فتعود بدء ملك المنقول
اليه العين بوقت مخصوص ثم ينبغي بان يكون كان لا وجه له من غير فرق بين
ان نقول بانها ت الشروط للغايات اولا واما ما كان بالعقد والايقاع
عن المشتري فانه كان عن غير الناقل وهو الاجنبي فلا بأس به ويرجع اشتراط
العتق الى شرطين صريح وهو نفس العقد ومن جهة التوقف وهو التملك قبل
العتق زمانا بمجرد قصده او بمجرد الدخول في لفظه او ذاتا بعد تمامه فان اريد

بلا تمليك بل باصل العقد كان تاجيلا وان اريد انه بملك جديد فلا باس به واما
اذا اخذ العتق عن الناقل او شرط نقل الملك اليه من المشتري فقيل بمنعه
وهو خيرة المص في س والشارح في الشرح ولك والفاضل المقداد وقد
يظهر من عبارة عد العلامة ومال اليه الاردبيلي استنادا الى لزوم الدور
وفيه انه معي والتقدم ذاتي على ان ذلك جار في جميع الشروط المملكة
او استنادا الى ان اخذ الرجوع اليه تاجيل لنقله او ان النقل للمعتق يقتضي
رفع السلطان الدائم وهذا ينافيه والكل محل منع وربما يق ان حديث لا
عتق الا في ملك اقتضى ما يقتضي بملكية المعتق ولا دلالة فيه على اشتراط
ملكية المعتق عنه والمعتق وهو المشتري مالك فتامل والظاهر هذا الشرط
عملا بعموم ما دل مستفيضا على وجوب الوفاء بالشروط التي لم يمنع منها
كتاب ولا سنة مضافا الى اطلاقات الاجماعات المستفيضة بصحة
شرط العتق الشاملة لما نحن فيه مع ما يظهر من التذكرة من الاجماع عليه
عليه بالخصوص حيث قال اما لو شرط العتق عن البايع فانه يجوز عندنا
خلافا للشافعي انتهى فلا تامل في جوازه الا ان يقوم اجماع او غيره على منعه
منه كما في البيع بشرط البيع وليس فليس وفي كونه حقا لله تعالى او للبايع
او المشتري او الاجنبي المشروط له او العبد او المركب احتمالا فان من حيث
ان فيه معنى القربة والعبادة يترجح الاول ومن حيث الاشتراط من البايع وتعلق
غرضه به وان الشروط من جملة العوضين يدل على الثاني ومن حيث ان من
فوائد الدفعة يكون للثالث واما حيث لشرط عنه فثبوت الحق له
حظ قضاء لحق الاشتراط ومثله الاجنبي المشترط له وباعتبار استلزامه

زوال

استلزامه زوال الحجر عن العبد وتحريره يكون حقا له والظ انه لا منافاة
بين هذه الحقوق فيجوز اجتماعها فيه ويتفرع على ذلك المطالبة بالعتق
فمن كان الحق له فله المطالبة وعلى الاول فالمطالبة الى كم واما عتقه عن الكفارة
فان كان عن المشتري وشرط البايع عتقه عنها صح بلا اشكال وظ غاية
المرام الاجماع عليه وان كان عن البايع ج فوجهان قولان واولى بالمنع هنا
عند القائل بالمنع وفائدة الشرط على الاول التخصيص لهذا العبد بالاعتاق
وان لم يشترط فان قلنا ان الحق لله تعالى لم يجزيها كالمنذور عتقه وان قلنا
انه للبايع فكذلك وان لم يسقط حقه فان اسقطه جاز لسقوط وجوب
العتق ح واحتمل في المهذب العدم على هذا التقدير للمحاباة فكانه عوض وان
قلنا انه للعبد فكالقول بانه للبايع كما في لك والظ اجزائه مط لوقوع
العتق في الجملة ووقوع مراد العبد وعلى ما اخترناه لا يصح مط لاصالة عدم
التداخل واستصحاب بقاء شغل الذمة بالكفارة الا بالمتيقن وكذا ان
شرط العتق انما يتناول السبب المباح فلو نكل به فالعتق لم يات بالشرط
ويكون بمنزلة التالف وظ الشرط ايض يقتضي ايقاعه مجانا فلو
شرط عليه عوضا من خدمة او غيرها لم يات به وحيث يفوت الشرط بذلك
يتخير البايع بين فسخ البيع والامضاء كسائر الشروط لكن لو فسخ رجع الى
القيمة كما لو تالف وانما صح العتق لابتنائه على التغليب مع احتمال فساده
لوقوعه على خلاف ما وجب ويحتمل ضعيفا سقوط شرطها هنا ونفوذ العتق
وهل يشترط وقوعه من المشتري مباشرة ام يكفي وقوعه مط الا ان يشترط ذلك
وجهان ويظهر الفائدة فيما لو باعه بشرط العتق فعلى الاول يحتمل بطلان البيع

لان شرط العتق مستحق عليه فلا يجوز نقله الى غيره وصحته مع تخيير البايع ثم
ان اعتق المشتري الثاني قبل فسخه نفذ وقد ذكرنا لمالك في الاخذ وعلى الثاني
يصح كما لو اعتقه بوكيل والذي يدل عليه الاطلاق والحكم في باقي الشروط انه
لا يقتضي مباشرتها بنفسه الا مع التعيين وهذا الشرط لا يزيد على غيره قال
المص فان اعتقه والا تخير البايع لا كلام في انه مع عدم وفاء المشتري بشرط
العتق يتخير البايع بين فسخ البيع وامضائه اذا كان العبد موجودا كساير
الشروط فان مات العبد قبل عتقه بشرط المشتري او بدونه او نعتق بما
يوجب العتق بغير فعل المولى اما اذا كان بفعل المولى فقد تقدم البحث فيه
ففيه احتمالات ثلاثة ذكرها العلامة في التحرير احدها استقرار الثمن عليه ولا
شيء عليه وليس للبايع الفسخ وهو ضعيف جدا والا لم يثبت للشرط فائدة الثاني
ان يكون للبايع الرجوع بما يقتضيه الشرط من النقصان ان اختار الامضاء وان
فسخ استرجع القيمة كما يظهر من المسالك حيث رتب هذا الاحتمال على اختيار
الامضاء وكانه مبني على ان بقاء الخيار مع الموت مجمع عليه وقد حكى ذلك في شرح
المشروط ولذا اختاره ثم في عد وضعفه في س بان الشروط لا يوزع عليها
الثمن ورد بان الثمن لم يوزع على الشرط بحيث كمل بعضه مقابلا له وانما
الشرط محسوب مع الثمن وقد حصل باعتباره نقصان في القيمة وطريق تداركه ما
ذكر وطريقه معرفة ما يقتضيه الشرط ان يقوم العبد بدون شرط ويقوم معه
وينظر التفاوت بين القيمتين وينسب الى القيمة التي هي مع شرط العتق ويوخذ
من المشتري مضافا الى الثمن بمقدار تلك النسبة من الثمن فلو كانت قيمته بدون الشرط
مائة ومعه ثمانين فالتفاوت عشرين نسبتها الى الثمانين الربع فيوخذ من المشتري
مقدار ربع

مقدار ربع الثمن مضافا اليه وذلك هو الذي يسامح به البايع في مقابلة شرط العتق
الثالث تخير البايع بين اجازة البيع بجميع الثمن وبين فسخه ورجوعه بالقيمة وهو مختار
الرابع والدروس وقواه في المبسوط وفي اعتبار وقت القيمة اوجه احدها
وهو اجودها يوم التلف لانه يوم الانتقال الى القيمة اذ قبلها كان متعلقا بالعين
ولان ضمان العين لا يقتضي ضمان القيمة مع وجودها فلا تنتقل الى القيمة الا وقت
القيمة وثانيها يوم القبض لانه اول يوم دخول في ضمان المشتري وثالثها اعلا
القيم من حين القبض الى التلف لانه في جميع ذلك مضمون عليه وقد ظهر
من وجه الاول جواب الاخرين وضعف احتمال قيمة وقت المطالبة او وقت التسليم
او اعلا القيم ما بينهما الى غير ذلك وظاهر ان المدار على قيمة يوم التلف في مكان التلف
او مكان القبض ولا اعلا القيم من الاماكن وفي تعيين كيفية اعتبار القيم اشكال
من احتمال قيمة عبد مشروط العتق لانه كذلك دخل في ضمان المشتري لانه المقبوض والمبيع
ومن احتمال قيمة عبد سليم عن الاشتراط لان الشرط حق للبايع وهو محسوب من جملة
الثمن ولم يات به المشتري ومجموع العبد مضمون فعند الفسخ يصير العبد مجردا
عن البيع والشرط وبعبارة اخرى انه شرط لم يستحق حكمه فلم يكن به اعتبار
والوجه هو الاول قال المص وكذا كل شرط لم يسلم لمشترطه فانه يفيد
تخييره ثبوت الخيار بفوات الشرط اي شرط كان من الشروط الجايزة مما لا كلام
فيه وظاهر الاصحاب الاتفاق عليه وهو مشترك في سائر العقود من غير فرق بين ان يكون
مستند الاجماع المعلوم او باعتبار انه شرط للزوم او باعتبار رجوعه الى
الخيار بعد التسليم في البعض وقد ذكروا ذلك في كثير من العقود ومنها باب النكاح
قالوا انه لو شرط كونها بنت مهيرة فظهر بنت امة كان له الفسخ وكذا لو شرطها بكرا

ذلك

نظرت نيتا واستدلوا على ذلك بان مقتضى الشرط وظاهر دليلهم تفيض ثبوت الخيار فيه في جميع صور الشرط الجائز ولا ينافي ذلك اتفاقهم على عدم خيار الشرط في عقد النكاح فان المراد به شرط الخيار لا الخيار الحاصل من جهة عدم سلامة الشرط قال بعض المتاخرين ويشكل اطلاقهم القول بان عدم سلامة الشرط تستلزم الخيار للمشروط له سيما اذا اراد المتعاقدان بالشرط مجرد الالزام والالتزام دون اثبات الحق له لجعل العقد اللازم متزلزلا وفيه ان ذلك خارج عن ادلة الشروط ولا يحصل به الالزام والالتزام بل يعني لغوا كما سبق الى الاصل دون الا مع القرينة ومع ما يثبت الخيار في التوابع دون الاصل وهل هذا الخيار على الفور او التراخي وجهان تقدم مثلهما ووجههما ورجحان الاول منهما

قال المص ولا يجب على المشترط عليه فعله وانما فائدته جعل البيع عرضة للزوال بالفسخ عند عدم سلامة الشرط ولزومه عند الاتيان

به اختلف الاصحاب في وجوب الوفاء بالشرط الجائز على اقوال احدها الوجوب على المشروط عليه وليس للمشروط له الفسخ الا مع تعذر تحصيل الشرط بحيث لم يتمكن من اجباره عليه ولو برفع امره الى الحاكم ان كان مذهبه ذلك وهو المشهور بين الاصحاب ودليله اما على الوجوب فما دل لهم من كتاب وسنة او اجماع على وجوب الوفاء بالعقد ويمكن ان يستدل عليه بقوله تع يا ايها الذين امنوا لم تقولون ما لا تفعلون كبر مقتا عند الله ان تقولوا ما لا تفعلون فيفيد بعموم ذلك وتفسيره بخصوص الوعد بيان لخفي الفرد ودعوى ان ارادة العموم منه تقتضي بكون الخارج اكثر من الداخل محل منع ويما دل على الوفاء بالشرط عموما وخصوصا مثل قوله المؤمنون عند

عند شروطهم الا كل شرط خالف كتاب الله والمؤمنون عند شروطهم الا من عصى الله
والايراد بانها من الخبر فلا تفيد الايجاب مردود بان الايجاب مستفاد من مطلق
الارادة والطلب كما تقرر في محله فضلا عن ان يؤدي بالجملة الخبرية الظاهرة في ذلك
واحتمال المدح والوصف كما في قوله تعالى كانوا قليلا من الليل ما يهجعون وبالاسحار
هم يستغفرون وقوله عليه السلام المؤمن غر كريم يدفعه ظاهر الاستثناء فان المؤمن لا
ينبغي ان يشترط ما يخالف كتاب الله حتى يكون من صفته عدم الوفاء به ومقتضى
الاحتمال المذكور انه يشترط المخالف للكتاب لكنه لا يفي به وهو كما ترى مع
ان الوارد في كثير من الروايات المسلمون عند شروطهم فيكون الاحتمال المذكور
فيه اضعف مضافا الى ان قوله عليه السلام الا من عصى الله على تقدير ارادة المدح استثناء
متصل من المؤمنين ومقتضاه لزوم العصيان بمخالفة الشرط وهو معنى
الوجوب وكذلك لو اريد به الحكم وهو مستثنى منقطعا وان اريد به الا من
عصى الله في الشرط بان شرط ما خالف كتاب الله فهو ايضا لا يناسب المدح و
يرد عليه ما سبق ثم انه في ذكره عقد المفيد للحث دلالة على الايجاب كما لا يخفى
على ذوي الالباب مع ان فهم العلماء عصرا بعد عصر في جميع ابواب الفقه
اعظم شاهد على ذلك ولم نقف على من قدح في ذلك بل يظهر من حملهم لبعض
الاخبار المذكور فيها هذا اللفظ كما في موثقة ابن منصور بن يونس على
الاستحباب ان الاصل فيه الوجوب مع انه يظهر من بعض الاخبار ايضا ان
المراد منه الوجوب كرواية اسحق بن عمار وغيرها ولم نقف على خلاف
لاحد من الاصحاب في وجوب الوفاء بالشرط في باب النكاح وقد ادعى الاجماع
عليه غير واحد من الاصحاب والمسئلة من باب واحد وكون النكاح لا يصح

فيه شرط الخيار دون البيع لا يصلح فارقا اذ الكلام في خيار الشرط لا شرط الخيار
مع انه لا منافاة بين وجوب الوفاء بالشرط وثبوت الخيار بعد تعذره
واما الدليل على اشتراط التعذر بحيث لا يمكنه الاجبار ولو بالواسطة في
جواز الفسخ فاعتبار ان هذا الخيار قسم من خيار تعذر التسليم والمراد به
ما يعم تعذر التسلم ولا يصدق التعذر مع امكان الجبر وقد عرفت بطلان
القول بجعل الشرط شطرا للملزوم ولا مقتضى للقول فيه بالتعدد محضا
مع ان الخيار على خلاف القاعدة فيقتصر فيه على المتيقن فتعين ما
ذكرناه ثانيها انه لا يجب على المشروط عليه الوفاء به وانما فائدة
الشرط جعل العقد عرضة للزوال عند فقد الشرط ولزومه عند الاتيان
به تمسكا باصالة عدم وجوب الوفاء وربما ظهر من اصل هذه المقالة
القول باستحباب الوفاء بالشرط وانت خبير بما فيه فان الاصل لا يقاوم
الدليل ثالثها التفصيل المنسوب الى المص وهو ان الشرط الواقع في
العقد اللازم ان كان العقد كافيا في تحققه ولا يحتاج بعده الى
صيغة فهو لازم ولا يجوز الاخلال به كشرط الوكالة في عقد الرهن
ونحوه وان احتاج بعده الى امر اخر وراء ذكره في العقد كشرط العتق
فليس بلازم بل يقلب العقد اللازم جائزا وجعل السر فيه ان اشتراط
ما كان العقد كافيا في تحققه كجزء من الايجاب والقبول فهو تابع لهما
في الجواز واللزوم واشتراط ما سيوجد امر منفصل عن
العقد وقد علق عليه العقد والمعلق على الممكن ممكن وبذلك
يندفع التعجب من ان اشتراط الجائز في اللازم يجعل اللازم جائزا
وانت خبير

وانت خبير بان القسم الاول خارج عن البحث ان اريد به حصول الوكالة في الجملة
لانها تتحقق بمجرد القبول ولا كلام لنا في الشرط بعد وقوعه وان اريد بها كستمره
التي يقع عنها ما وكل فيه كما هو الظ فان قلنا انه يعزله لنفسه ينعزل شرعا كان
مشمولا لادلة وجوب الوفاء بالشرط ويجب عليه ان لا يعزل نفسه ومتى ما عزل
نفسه فعل حراما وتسلط الموكل على فسخ العقد وان قلنا انه لا ينعزل بعزله
لنفسه كان المدار على وقوع ما وكل فيه ووجوب الوفاء بالشرط مصروف
اليه اذ المفهوم منه ان الشرط وقوع ما وكل فيه لانه هو المقصود وللوكيل
نفي ما امتنع الوكيل من القيام بما وكل فيه فعل حراما وكان للموكل الخيار في
الفسخ وان لم تبطل وكالة الوكيل وهل للموكل عزله بناء على ان ذلك لا يرجع
الاشتراط له فله اسقاط حقه اولیس له ذلك لخروج الوكالة عن الجواز
بالكلية وصيرورتها لازمة من الجانبين مثل العقد الذي شرطت فيه
وربما يقال انها لا تسقط بالتقايل فتزيد على الاصل وهو بعيد وجهان
اقواهما الاول هذا كله في القسم الاول واما القسم الثاني فهو مشمول لما
سبق من دليل لزوم العقد والوفاء بالشرط من غير اشكال قال بعض
المحققين نعم لما ذكره وجه لو اشترط التعليق حين العقد بان يكون مقصود
المتعاقدين كون العقد متزلزلا موقوفا على اتيان المشترط عليه بالشرط
باختياره ولا كلام فيه وهو يرجع الى شرط الخيار وليس من الخيار الناشئ عن
الشرط في ضمن العقد في شيء وكذا الكلام في القول الثاني انتهى وفيه انه ليس
مجرد قصد اشتراط شيء يقضي باشتراطه ما لم يدل عليه بلفظ بصراحة او بقرينة
حالية او مقالية على وفق القانون العربي تدل عليه مع الحذف لكن ليس له دلالة

من الفصل (ع)

اماما (ع)

عليه بوجه او فيه دلالة على خلافه فلا يفيد شيئا ثم رابعها ان للمشروط له الفسخ بمجرد امتناع المشروط عليه من الوفاء بالشرط ولا يتوقف على عدم التمكن من اجباره على ذلك وهو الذي نظر فيه المقدس حيث قال يجوز اشتراط سائغ في عقد البيع فيلزم الشرط من طرف المشترط عليه فان اخل به فللمشترط الفسخ وهل يملك اجباره عليه فيه نظر انتهى وقد نظر ذلك من الكفاية واختار بعض المتأخرين حيث قال انه يجب على المشروط عليه الوفاء بالشرط وللمشروط له الزامه به واجباره عليه ولو بالرفع الى الحاكم لانه حقه ويجوز له استيفاء حقه واما وجوبه عليه اذا امتنع المشروط عليه فلا دليل عليه فان كان المشروط له راضيا بالفساخ المعاملة والرجوع الى عوضه والمفروض انه لا يجوز له فسخ قبل المشروط عليه لان التقصير من جانبه فلا دليل على وجوب اجباره عليه فان قلت الدليل هو اصالة لزوم البيع مثلا او عموم اوفوا بالعقود فيجب على المشروط له ابقاء البيع على حاله والوفاء على مقتضاه خرجنا عن مقتضاه فيما لم يتمكن من تحصيل الشرط ولو بالاجبار وبقي الباقي قلت اي دليل دل على رجوع المشروط له الى الخيار والفسخ بعد امتناع الاجبار وعدم الامكان ولا نص على ذلك ولا دليل مع ان مقتضى العقد المزوم فان قلت يلزم انتفاء الشرط ومقتضى انتفائه انتفاء المشروط قلت لا نعلم هنا الفرض فانه عقد وشرط لا عقد بشرط بل غاية ما يوجه به هذه المقالة ان الاصل عدم انتقال كل من العوضين عن صاحبه الى الاخر الى ان يثبت الانتقال ولم يثبت الانتقال الا في صورة تحقق الشرط فلما لم يتحقق الشرط بما نحن فيه فيرجع المشروط له الى ماله ومقتضى هذا الاصل الاكتفاء في الخيار والرجوع بامتناع

المشروط عليه وعدم اثباته بالشرط لانه هو مقتضى ذلك الاصل ولم يثبت
اشتراط ان يدوم ذلك انتهى وفيه ما قد عرفت من ان هذا الخيار خيار تعذر التسليم
وان المراد به ما يعم تعذر التسلم وهو لا يتحقق مع التمكن من الاجبار الا اذا ادى
الى مشقة كلية يلزم منها الضرر والضرار والقول بان الاصل عدم انتقال كل من
العوضين عن صاحبه الا مع تحقق الشرط لا وجه له فان الانتقال قد حصل والاستصحاب
قاض ببقائه ولزوم العقد الا مع المتيقن مع انه بناء على ذلك يقتضي مع
عدم تحقق الشرط انفساخ العقد لا جواز فسخه وهو لا يقول به وجعل الشرط
شرطا للزوم بمعنى ان التراضي لم يقع في العقد على سبيل اللزوم والاستمرار
الا مع تحقق الشرط مع استفادة لهما الرجوع الى ما لهما ابتداء ولا يتوقف على
التمكن من الاجبار وعدمه لا وجه له كما عرفت مع انه يلزم منه عدم فساد المشروط
بفساد الشرط وهو لا يقول به قال المص الحادي عشر خيار الشركة
هذا الخيار هل يدور مدار مصداق الشركة وعدمها او مدار تحقق الضرر وعدمه
فلو كان فيها نفع لم يثبت بها خيار ظاهر الاصحاب الاول ومقتضى انحصار دليلها
بجبر الضرر المنجبر بفتوى الاصحاب الثاني ولا يبعد الاول لانها من حيث هي ضرر
فيشملها الجبر وان ترتب عليها نفع من وجه اخر والظ ان ثبوت هذا الخيار مما لا
خلاف فيه فيما بينهم وهو متمش في سائر العقود اثمانا ومثمنات وهل هو على
الفور او التراخي فيه الوجهان السابقان ولا فرق في الشركة بين الواحد و
المتعدد وبين المشاع وغيره مما لا يمكن قسمته ولا ينتفع به الا بالجملة قال
المص سواء قارنت العقد كما لو اشترى شيئا فظهر بعضه مستحقا المراد
بظهور كونه مستحقا اعم من ان يظهر كونه ملكا للغير او ملكا له وسلطانه للغير كالمرهون

الضرر
ونحوه وهذا اذا لم يجز الغير او اجاز مع طول الفصل بين العقد والاجازة لحصول
بالتاخير مع احتمال الفرق في ذلك بين الكشف والنقل وانه على الاول لا خيار
دون الثاني اذ ليس مجرد التوقف عيبا مع حصول الملك من حين العقد وهو غير
بعيد اما اذا حصلت الاجازة من دون فصل فلا يبعد عدم ثبوت الخيار
وقد يطلق على هذا خيار التبعيض قال المص او تاخرت بعده الى قبل القبض
كما لو امتزج المبيع بغيره بحيث لا يتميز وقد يسمى هذا عيبا مجازا اذا امتزج
المبيع بغيره قبل القبض تخير المشتري بين الفسخ والشركة كما في يع وعد
وير ود وس وغاية المرام ومجمع صد والميسية ولك وغيرها وظاهر
اطلاقهم يقتضي انه لا فرق بين ان يختلط بمثله او باجود او ادون باختيار البايع
او بغير اختياره وفي لك وينبغي فيما لو امتزج بالاجود بغير اختياره ثبوت الخيار
له ايضا لتضرره بذلك مع اختيار المشتري الشركة انتهى وقد سبقه الى ذلك
الفخر في شرح الارشاد والظ ثبوت الخيار وان اهمل المشتري قبضه بعد التمكن منه
من القبض ولم يكن المزج باختيار البايع او كان في وجه فلا خيار له وهل يسقط
الخيار ببذل البايع له ما امتزج به وجهان بل قولان وظ المشهور عدم
السقوط ومذهب الشيخ السقوط ومدرك الوجهين ثبوته لثبوت سببه
فيستصحب والهبة لا يجب قبولها وارتفاع الضرر بالهبة والاول اقوى
وقد نص جمع من الاصحاب على انه متى رضي المشتري بالشركة فمؤنة القسمة على
البايع لان هذا عيب مضمون عليه والتخلص منه واجب عليه ولوجوب تسليم
المبيع الى المشتري بعينه ثم ان الشركة وان اشتهر على السنتهم انها عيب فان
المراد به انها مساوية للعيب في الحكم لا انها داخلة دخولا حقيقيا تحت الاسم
لعدم

لعدم دخولها تحت الضابط المتقدم وكرن للعيب ثم بناء على ما هو المختار من ان العيب موكول الى العرف فدرتى بدخولها تحت مسماه ويمكن الظ هنا ايضا قال المصنف الثاني عشر خيار تعذر التسليم فلو اشترى شيئا ظانا امكان تسليمه ثم عجز تخير المشتري المراد في هذا المقام بتعذر التسليم العاصي بثبوت الخيار هو تعذر التسليم اذ ليس الحكم تعبديا محضا على الظ وانما منشأه حديث الضرر المنجبر بفتوى الاصحاب بالنسبة الى ما نحن فيه فقد ذكروا ذا في مقامات عديدة ولاريب ان الضرر يندفع بالقدرة على التسليم وان لم تحصل القدرة على التسليم مع ان الخيار على خلاف القاعدة فيقتصر فيه على المتيقن والتمكن منه ببعض المقدمات كتوسط الشفعاء حيث تحصل به المنة او بذل المال ولو يسيرا ونحو ذلك ليس من التمكن مع احتمال ان يق ان المدار على القدرة على التسليم لانه هو الواجب على البائع والتسلم لا يجب على المشتري فاذا لم يؤد البائع ما وجب عليه تخير المشتري وقوفا عند ظ كلامهم والاول اقوى والظ عدم الفرق بين عجزه بان لا يتمكن اصلا او يتمكن بمضي زمان كثير يفوت من المنافع ما يعتد بها عرفا ثم ان ثبوت هذا الخيار فيما اذا انكشف ان العجز عن التسليم كان ثابتا عند العقد او قبله مبني على ان القدرة على التسليم شرط علمي مط او علمي في مقام الرجاء دون التعذر في وجه اخر اما اذا قلنا بانها شرط وجودي وعلمي معا مط كما كان يختاره الوالد طاب ثراه وانه لو باع على انه قادر او عاجز فظهر الخلاف بطل البيع للزوم الغرر والجهل فيتبع ظهور العجز عند العقد الفساد وكذلك اذا قلنا انه وجودي فقط مط كما هو القاعدة في الشرائط ثم حيث لا يتحقق منه القصد الى معنى البيع

نعم لذلك للفوات شرط القدرة والظاهر من الاصحاب الاول كما يرشد اليه
حكمهم فيما اذا انقطع المسلم فيه عند الحلول بالخيار من غير فرق بين التعذر و
الرجاء والاعتذار عن ذلك بان الاجل زمان تسليم لا زمان تمليك وكان
موجودا قبل الاجل فيتعلق الملك به وان حرم التسليم فيبقى مطالبا به لا وجه له
فان قلت انما كان مستند هذا الخيار الضرر كما ذكرت فينبغي ان يثبت في جميع الافراد
من تعذر التسليم بذاته او بغصب غاصب او مماطلة فيه او امتناع من احد المتبايعين
عنه ونحو ذلك ولا يفرق فيه بين الثمن والمثمن ولا بين عقد البيع وغيره من العقود
وهو على اطلاقه مناف لتوقف الخيار على مضي ثلاثة ايام ان لم يقبض ولم يقبض
قلت نلتزم ذلك في الجميع عدى صورة المماطلة والامتناع لان الاصل عدم
ثبوت الخيار والضرر مدفوع فيهما بالمقاصة نعم بالنسبة الى الشروط نقول به كما سبق
اذ ليس في مقابلها شيء من الثمن حتى يقاص ولان المماطلة والامتناع يمكن
الشارع من دفعهما والتسليم بخلاف التعذر مع انه قد تقدم لك مرارا ان خبر
الضرار لا نعمل به مطلقا الا حيث ينجبر بفتوى الاصحاب وهم قد عمموه كما يظهر منهم
في مقامات متعددة على صورة التعذر ومنها باب خيار التاخير كما عرفت فيكون
المدار على الضرر الخاص الذي كشف عنه الشرع واحتمال الفرق في الامتناع
بين ما يرجى معه التسليم فيثبت الخيار وما لا يرجى فلا يثبت لا وجه له والظاهر انه لا فرق
في ثبوت الخيار بتعذر التسليم بين ان يكون قبل العقد او بعده قبل القبض لاصالة
يكون عدم القبض بتفريط المشتري وامتناعه ولذا ترى الاصحاب من غير
خلاف يعرفونه ان لو غصب المبيع قبل القبض وامكن استعادته بسرعة لم يتخير المشتري
والا تخير وظاهر الشارح تنزيل كلام المصنف على هذه الصورة ولعله بناء منه على
الاشتراط

لا تخير ح

ان شرط القدرة شرط وجودي او باعتبار قوله ثم عجز والظ ان المراد ثم تبين له العجز
وقد يحمل كلام الشارح على ما قلناه ثم انه اذا اختار الصبر ثم اراد الفسخ فهل له
الفسخ بعد ذلك ام لا وجهان اقواهما العدم وما اختاره في كره ان له ذلك لانه
يتضرر في كل ساعة كما لو انقطع المسلم فيه فاجاز ثم اراد الفسخ وفيه ان الخيار على
خلاف القاعدة فيقتصر فيه على المتيقن والظ ثبوته على الفور لا التراخي كما سبق
في عدة من الخيارات وقد علم وجهه مما تقدم ولتعذر تسليم بعض المبيع موجب الخيار
كتعذر تسليم كله وهل له الرجوع بشيء يحمله لان فوات القبض نقص حدث
على المبيع قبل القبض فيكون مضمونا على البائع ويضعف بان الارش ليس في
مقابلة مطلق النقص لاصالة البراءة وعملا بمقتضى العقد بل في مقابلة العيب
هنا منتف وقد استظهر اكثر الاصحاب فيما لو غصب المبيع قبل القبض عدم الزام
البائع بالاجرة عن مدة الغصب نعم لو منعه البائع من التسليم ثم سلم فعليه اجرة
مدة المنع الا حيث يكون الحبس بحق وقد تامل فيه المحقق الثاني لان جواز الحبس
عن سقوط حق المنفعة ولا يلزم من ثبوت الاول الثاني قال الحادي عشر الثالث
عشر خيار تبعيض الصفقة كما اشترى سلعتين فيستحق احدهما الكلام في
هذا الخيار كالكلام في خيار الشركة من ان المدار فيه هل هو على مصداق التبعيض كيف
ما كان او على مدار تحقق الضرر وعدمه فلو كان في التبعيض نفع لم يثبت به
خيار وظ الاصحاب الاول ومقتضى انحصار دليله بخبر الضرر والضرار المنجبر في
هذا المقام بفتوى الاصحاب الثاني ولا يبعد الاول كما تقدم في الشركة لان
التبعيض من حيث هو ضرر فيشمله الخبر وان ترتب عليه نفع من وجه اخر ثم ان
ثبوت هذا الخيار موقوف على جواز التبعيض للمعقود عليه في الجملة فلو لم يصح التبعيض

مط لم يتحقق هذا الخيار والظ ان التبعيض للمعقود عليه على وفق القاعدة لان الاسباب
الشرعية كالاسباب العقلية اذا وجدت قابلا وغير قابل اثرت في القابل دون غيره
ولتحقق الوفا بمقتضى العقد في المقدار الممكن والظ عدم اشتراط صحة اجزاء المعقود
عليه بعضها ببعض كما يقضي به ظ العقد واصل العدم نعم حيث نعلم ارادة
الهيئة الاجتماعية من خارج او يصرح بالاشتراط او بفوت احد الجزئين نقول
بالفساد في الجميع وقد يفرق في ذلك ايضا بين صورة العلم بفوات الجزء وعدمه فيفسد
العقد فيه وصورة الجهل وان الشرط في الثاني انما يسلط على الخيار فقط لكون
فيكون الخيار فيه من جهتين جهة التبعيض وجهة الاشتراط واما في الاول فيفسد
به العقد في الجميع الا ان يرجع الى الصفة كالشرط الفاسد المعلوم فساده وربما
ادعي انه المفهوم من الاصحاب ويحتمل القول في ذلك بالصحة في الصورتين لاجل
هذا الشرط الى الصفة مط وفواتها لا يقضي بالفساد وانما يسلط مع الجهل على الخيار
وربما ظهر هذا من بعض كلماتهم ويشكل الفرق على هذا بينه وبين الشرط الفاسد على
القول بفساد العقد به والاقوى الاول لفوات القصد وتبعية العقود للقصود
ودعوى ان الظ في السلعة الواحدة ارادة الهيئة الاجتماعية مط الا ان يعلم العدم
ولهذا قصر المص ثبوت الخيار على السلعتين ممنوعة وقصر المص الخيار على
السلعتين على سبيل المثال والتمثيل بالفرد الظ او باعتبار دخول الخيار في السلعة
الواحدة تحت خيار الشركة وفيه ان اسباب الخيار لا تتنافى فيثبت الخيار من جهتين
وتبعية العقود للقصود لا ينافي ما ذكرنا فان القصد الضمني كاف والاول الى الجهالة
غير ضار مع حصول العلم بالاصالة وحيث كان التبعيض على وفق القاعدة فلا
يفرق الحال فيه وفي الخيار المترتب عليه بين ان يكون في الثمن او في المثمن في البيع او في غيره من

العقود في السلعة الواحدة او المتعددة والظاهر لو قلنا به للتعبد بالاجماع المنقول المؤيد بالشهرة المحصلة والمنقولة فكذلك بالنسبة الى افراد المبيع لعموم دليله و بتنقيح المناط بينه وبين الثمن على الاظهر وبين المبيع وغيره من العقود في وجه يتم المطلب نعم لو قصرناه على المقامات الخاصة المدلول عليها بالروايات او بالاجماع عليها بالخصوص لم يسر فيه ثم ان هذا الخيار انما يثبت للمشتري مع الجهل دون العلم ولا يثبت للبائع مطلقا لانه جاء من قبله ولا يبعد ثبوته له مع جهله او دعواه الاذن لاثبات عذره كما احتمله بعضهم والاقوى خلافه وهو بالنسبة الى الفور والتراخي كما سبق قال المصنف الرابع عشر خيار المفلس ثبوت هذا الخيار في محله مجمع عليه بين الاصحاب والنصوص الدالة عليه وله شروط متعددة واحكام متكثرة تجيء في محلها ان شاء الله وهل هو على الفور او التراخي فيه الوجهان السابقان وقد عرفت الراجح منهما ومثله غريم الميت مع وفاء التركة بالدين وقيل مطلقا وسيجيء في محله ان شاء الله تعالى

الفصل العاشر في

الاحكام

الى هنا صحف قلمه الشريف زاده الله علاء وتشريف وقدس تربته ورفع رتبته وقد نسخت هذه النقايص من نسخة هي اصح النسخ الموجودة ومع ذلك فهي لا تخلو من سقم وكان النسخ في

والتحرير في ١٧ ذي القعدة سنة ١٣١٩ ه

من الهجرة والحمد لله والصلوة على محمد واله الطاهرين ولعن لهم